

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

MARINA FIGUEIREDO COELHO

AS DISTORÇÕES DA PRISÃO PREVENTIVA PARA A GARANTIA DA
ORDEM PÚBLICA

BRASÍLIA
DEZEMBRO DE 2014

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

MARINA FIGUEIREDO COELHO

As distorções da prisão preventiva para a garantia da ordem pública

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro

BRASÍLIA
DEZEMBRO DE 2014

Marina Figueiredo Coelho

As distorções da prisão preventiva para garantia da ordem pública

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovada com conceito []

Brasília, 18 de dezembro de 2014.

Prof. Pedro Ivo Rodrigues Velloso Cordeiro
Orientador

Prof^a Carolina Costa Ferreira
Membro da Banca Examinadora

Prof. Bruno Amaral Machado
Membro da Banca Examinadora

Prof^a Noêmia Aparecida Garcia Porto
Membro da Banca Examinadora (Suplente)

AGRADECIMENTOS

A meus pais, Ana Maria e Jânio, os responsáveis pelo meu desenvolvimento emocional, acadêmico e pessoal. Sem seu apoio e dedicação nada disso seria possível.

A meu irmão, Henrique, eterno companheiro de todos os momentos importantes da minha vida.

Ao meu primo Talles, pela grande ajuda na formatação final desta pesquisa.

Ao Professor e Orientador Pedro Ivo, pela orientação e paciência empregados para que o presente trabalho se concretizasse.

Aos estimados Professores Carolina Costa Ferreira, Bruno Amaral Machado e Noêmia Aparecida Porto pelo interesse.

RESUMO

O presente trabalho busca explicitar de que forma os discursos jurídico-penais mais frequentemente utilizados pelos magistrados para legitimar a decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública vêm desnaturando a natureza cautelar do instituto, transformando-o em instrumento de antecipação da pena e de concretização da seletividade do sistema penal. À luz da ótica garantista de tutelas penal e processual penal, foram analisadas decisões proferidas na primeira instância da Justiça Comum do Distrito Federal, a fim de se identificar a fundamentação justificadora do conceito de ordem pública. Por fim, com base no referencial teórico da Criminologia Crítica, examina-se criticamente o descompasso entre a função teórica da prisão preventiva e os fins a que tem se prestado na prática judicial.

Palavras-chave: Garantismo Penal, Prisão Preventiva, Garantia da Ordem Pública, Criminologia Crítica

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1 – A TUTELA PENAL E PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONAL À LUZ DO GARANTISMO PENAL.....	9
1.1 Tutela penal e processual penal garantista: funções, fundamentos e limitações	9
CAPÍTULO 2 – A PRISÃO PREVENTIVA	14
2.1 Finalidades e legitimação da prisão provisória no curso da história	14
2.2 Principiologia constitucional das prisões cautelares e seus desdobramentos.....	16
2.3 Desenvolvimento da prisão provisória no sistema processual penal brasileiro.....	19
2.4 Requisitos autorizadores e hipóteses legais de cabimento da prisão preventiva.....	22
CAPÍTULO 3 – DISFUNÇÕES CONSTATADAS NA PRÁTICA JUDICIAL REFERENTES À IMPOSIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA	33
3.1 A imprescindibilidade de motivação das decisões judiciais idônea no âmbito da prisão provisória.....	33
3.2 Dados e panorama geral da prática judiciária.....	35
3.3 Metodologia de análise das decisões judiciais	38
3.4 Periculosidade do agente	40
3.5 Limitação à gravidade abstrata do delito	42
3.6 Contenção da prática de novos crimes e acautelamento do meio social	44
CAPÍTULO 4 – AS DISTORÇÕES DA PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.....	47
4.1 Criminologia crítica e seletividade do sistema penal	47
4.2 O conceito de garantia da ordem pública como instrumento de seletividade do sistema penal	50
4.3 A prisão preventiva para garantia da ordem pública como forma de antecipação da pena.....	55
CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS	63
ANEXOS – DECISÕES ANALISADAS	66

INTRODUÇÃO

A prisão, em sua acepção jurídica, consiste na medida extrema que acarreta a privação da liberdade ambulatorial do indivíduo, cuja decretação deve estar estritamente sujeita à observância dos princípios da legalidade estrita e da jurisdicionalidade. Em razão disso, deve, cumulativamente, estar prevista na legislação e ser submetida ao controle jurisdicional, regra geral, prévio, mas ocasionalmente posterior, no caso de prisão em flagrante.

A prisão de natureza penal somente é possível em duas hipóteses restritas: a primeira possui caráter de sanção penal e desponta como efeito de decisão condenatória transitado em julgado, já a segunda se afigura como medida cautelar, por isso, provisória e com fins de garantir o adequado transcurso da instrução processual ou da eventual aplicação da lei penal.

A respeito dessa segunda hipótese, é importante ressaltar que, estando inserta no universo das tutelas cautelares penais, a prisão processual tem a sua aplicação circunscrita à realização dos fins processuais ou, no caso da ordem pública, ao provimento de uma tutela final. Destarte, a considerar a principiologia constitucional e a teleologia da legislação processual penal brasileira, após suas inúmeras reformas, é pacífico afirmar que, ao menos no plano teórico, a referida espécie de prisão não pode nunca ser instrumento de execução antecipada da pena.

É dentro desse contexto que se situa a prisão preventiva, espécie de prisão provisória, condicionada, pois, à verificação dos pressupostos e requisitos inerentes a toda cautela, o *periculum in mora* (*periculum libertatis*) e o *fumus boni iuris* (*fumus commissi delicti*), e circunscrita às hipóteses legais de cabimento do artigo 313 do Código de Processo Penal.

Tendo isso em vista, é válida a perplexidade surgida quando se observa que quase metade da população carcerária brasileira é formada por presos provisórios e que, à revelia do discurso teórico, a prisão preventiva é meio deveras utilizado pelos atores do sistema penal brasileiro.¹

Diretamente correlacionada a esse descompasso entre teoria e prática, situa-se uma das mais tortuosas questões no âmbito da prisão provisória, mais especificamente no que tange à

¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. InfoPen – Estatística. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID2627128ED69E45C68198CAE6815E88D0PTBRIE.htm>>. Acesso em 25/09/2014.

prisão preventiva, que é a significação e o alcance terminológico da “garantia da ordem pública”, um dos elementos variáveis do *periculum in mora* do artigo 312 do CPP.

Pergunta-se, então, se há relação direta entre o desvirtuamento da função cautelar da prisão preventiva e essa imprecisão conceitual da expressão “garantia ordem pública”. A hipótese formulada no presente trabalho é a de que, na prática judiciária, o conceito de ordem pública, em particular nas suas quatro mais usuais justificativas, reforça a banalização da prisão preventiva e se afigura como instrumento de antecipação da pena e de concretização da seletividade do sistema penal promovida pelos magistrados de primeira instância.

A pesquisa tem como objetivo examinar criticamente de que forma se opera, no primeiro grau de jurisdição, essa desnaturação da cautelaridade da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública e por quais motivos ela ocorre.

Para tanto, de forma demonstrativa, foram selecionadas decisões oriundas de juízos de primeira instância do Distrito Federal, de forma a ilustrar como os quatro discursos jurídico-penais escolhidos aparecem no discurso judicial para legitimar a suposta garantia da ordem pública.

A pesquisa divide-se em quatro capítulos. No Capítulo 1, tecem-se considerações doutrinárias a respeito do garantismo, pressuposto teórico para a compreensão da finalidade dos direitos penal e processual penal aqui adotados.

Por sua vez, no Capítulo 2, recorre-se a um estudo panorâmico da prisão provisória e da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa etapa, ambiciona-se enfatizar aspectos de destaque imanentes à natureza cautelar do instituto, que amiúde são elastecidos na prática judiciária. Assim, ressalta-se a controvérsia existente em torno da definição da “garantia da ordem pública”.

O Capítulo 3, referente à prática judiciária de decretação da prisão preventiva, apresenta as conclusões críticas extraídas da análise das decisões selecionadas. Evidencia-se a imprescindibilidade da fundamentação das decisões judiciais, logo após, detalha-se a metodologia empregada para a seleção das decisões analisadas para, assim, realizar-se a análise pertinente.

Por fim, no Capítulo 4, apoiando no marco teórico da Criminologia Crítica, busca-se aprofundar a reflexão sobre as percepções obtidas, a fim de descrever a prática judiciária dominante e, assim, responder a pergunta formulada.

CAPÍTULO 1 – A TUTELA PENAL E PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONAL À LUZ DO GARANTISMO PENAL

1.1 Tutela penal e processual penal garantista: funções, fundamentos e limitações

O direito penal, em linhas gerais, pode ser definido como técnica de delimitação, de individualização e de repressão dos comportamentos desviantes, exteriorizando-se por meio de sanções e limitações a eles.²

A centralidade da tutela penal na caracterização de um ordenamento jurídico decorre justamente do fato de o tratamento penal ter potencial direto e imediato de afetar a liberdade privada e os direitos individuais dos cidadãos.

Ademais, o tema da legitimação ou justificação do direito penal e de suas penas encontra-se visceralmente atrelado à própria legitimação do Estado, porquanto seu poder de punir é a manifestação mais duramente lesiva aos direitos fundamentais individuais e é, de igual modo, a mais suscetível de degenerar-se em arbítrio.

Por isso, é de suma relevância para FERRAJOLI que o custo dessas proibições penais impostas aos indivíduos seja justificado (externa e internamente), porquanto incide não só sobre os culpados, mas, eventualmente, também sobre aqueles que não o são.³

Nessa lógica, o devido processo penal é condição indispensável para que possa ser aplicada uma pena. Existe, portanto, uma íntima e indissolúvel relação de complementaridade entre pena e processo, pois não pode haver pena senão por meio do processo penal.

Os direitos penal e processual penal modernos são produto, em grande parte, da tradição jurídica liberal, cuja maturação ocorreu no século XVIII. Seus dois pilares fundamentais são a garantia aos indivíduos de uma esfera intangível de liberdade - tendo em vista que somente é punível o que está previsto na lei - e a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei – porquanto as ações ou os fatos puníveis são descritos objetivamente pelas normas, isto é, despidos de discriminações apriorísticas.

Como as tutelas penal e processual penal lidam com uma intervenção estatal de grandes consequências na liberdade individual, mormente no que diz respeito às penas corporais, o garantismo penal – que fixa o marco teórico desse estudo - se debruça cuidadosamente tanto

² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 195-197.

³ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 195-197.

sobre o problema da justificação do direito penal, enquanto emanado de autoridade pública e dotado de coercibilidade estatal, quanto sobre suas formas de constringências aos indivíduos.

O modelo garantista clássico surge para contrapor-se aos modelos autoritários e se assenta sobre os princípios básicos da legalidade estrita, da materialidade e da lesividade dos delitos, da responsabilidade pessoal, do contraditório entre as partes e da presunção de inocência⁴.

Seus elementos constitutivos, que visam a estabelecer limites minimamente objetivos à liberdade judiciária, são dois, a saber, o convencionalismo penal (consequente da legalidade estrita na determinação do que é punível), assim como o cognitivismo processual na determinação concreta do que é punível.

Dessa forma, a solução de um caso penal somente obterá legitimidade, se fundada em procedimento judicial no qual se permita a mais ampla cognição dos fatos (contraditório) e a maior possibilidade de argumentação jurídica (ampla defesa).

A partir de uma leitura essencialmente garantista da Constituição da República Brasileira de 1988, tendo como referência princípios como o da presunção de inocência, da ampla defesa, do devido processo legal, etc., a intervenção judicial legitima-se tão somente quando se puder justificar a condenação criminal pela estrita observância do devido processo penal constitucional, e, de modo mais sensível, pelo dever de fundamentação das decisões judiciais.

No atual contexto, a intervenção estatal, sobretudo nos campos do Direito Penal e do Direito Processual Penal, necessariamente deve se balizar pela necessidade de reconhecimento e de afirmação da prevalência dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, a tutela penal garantista, erigida como um direito penal de intervenção mínima (princípio da *ultima ratio*) e voltada à proteção e à asseguaração dos direitos fundamentais, deve amoldar-se dentro de critérios de interpretação constitucionalmente estabelecidos.

A política garantista (como técnica de assegurar a validade formal e substancial da norma jurídica), consoante expõe KATO, impõe ao aplicador do direito o dever de interpretar a norma jurídica para além do positivismo, concedendo prevalência à norma não só formal, mas substancialmente constitucional.⁵

⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 37.

⁵ KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (des)razão da prisão provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 175.

Frise-se que, não obstante toda e qualquer garantia processual individual se inserir no contexto do garantismo, seu conceito é mais amplo e não pode ser resumido ao conjunto de garantias estipuladas em favor do réu no processo penal.

Em verdade, o garantismo pode ser enquadrado como um sistema epistemológico orientado a assegurar a limitação do poder punitivo estatal confiado ao juízo, bem como tutelar o cidadão contra o arbítrio e o erro penal.

Nesse sentido, FERRAJOLI entende que a pena, concebida como aflição taxativa e preestabelecida pela lei, não pode ter sua função desvirtuada para estabelecer tratamentos diferenciados do tipo terapêutico ou correcional⁶.

Destarte, é possível concluir que, nas amparas da epistemologia garantista, o poder penal encontra-se obrigado a limitar-se e a vincular-se rigidamente à lei no plano substancial e a submeter-se a um plano processualmente vinculante. Por conseguinte, as referências formais, que em tema de processo penal estão projetadas nas garantias, são de suma importância para a aplicação da lei penal.

Dito isso, deve vigorar um “direito penal mínimo”, condicionado e limitado ao máximo, que se presta a tutelar as liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, excluindo de seu alcance punitivo a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos.

Outrossim, e de especial relevo para o que será abordado neste trabalho, são condições imprescindíveis para imposição de pena:

(...) a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.⁷

⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 42.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 101.

Nessa lógica, toda vez que subsista incertezas quanto aos pressupostos cognitivos da pena, impera o critério do *favor rei*, que exige intervenções de exclusão e de atenuação da responsabilidade penal.

Cumpre destacar que ao mencionado critério está intimamente imbricado o princípio da presunção de inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cujos reflexos são diretos e imediatos na questão da decretação da prisão preventiva.

Por outro lado, toda condenação e imposição de pena que dependem unicamente de uma suposta sabedoria e equidade dos juízes operam-se na contramão do garantismo penal.

Diante do que fora assentado, afigura-se razoável interpretar que os direitos penal e processual penal, à luz do garantismo penal, são concebidos e desenvolvem-se com a finalidade precípua de prevenir negativamente e de forma geral tanto os delitos quanto as penas arbitrárias ou desmedidas.

LANFREDI resume de forma oportuna:

A ratio essendi que permeia o **garantismo** tem como mérito pretender a imposição de todas e de cada uma das garantias individuais como pautas do cidadão contra o arbítrio penal, não admitindo esse modelo a cominação de nenhuma pena a alguém (imputável), a não ser em razão da prática de um crime (previamente estipulado em lei como comportamento proibido e de efeitos nocivos a terceiros) que haja sido demonstrado, empiricamente, por uma acusação, perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório, desdobrado em um procedimento legalmente preestabelecido e adequado, no qual se tenha assegurada a manifestação eficiente e reativa da defesa de um imputado.⁸

Do aqui exposto com o que será tratado, tentar-se-á corroborar, no primeiro grau de jurisdição, a conclusão a que chegou o pesquisador Patrick Mariano Gomes⁹, no âmbito do STF, de que a reiterada aplicação da prisão preventiva na prática judiciária se configura como antigarantista, na medida em que caracterizada pela concepção de que o objeto de tratamento

⁸ LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana. **Prisão Temporária** – Análise e perspectivas de uma releitura garantista da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 43.

⁹ PATRICK MARIANO GOMES. **Discursos sobre a ordem**: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

penal não é apenas o delito enquanto formalmente previsto na lei, mas o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou antissocial e, para além dele, a pessoa do delinquente.

Soma-se a essa primeira característica a insuficiência argumentativa do juízo, carecedor de fundamentos empíricos precisos e do qual decorre a técnica de prevenção e de defesa social. Assim, o convencimento do magistrado julgador é intimamente subjetivo.

Constatar-se-á que, na prática judiciária recorrente, ocorre uma inversão da lógica constitucional garantista, uma vez que a prisão preventiva não é imposta consoante sua função instrumental e acautelatória, mas sim como forma extemporânea e antecipada de punição, fruto do pré-julgamento subjetivista da autoridade julgadora.

CAPÍTULO 2 – A PRISÃO PREVENTIVA

2.1 Finalidades e legitimação da prisão provisória no curso da história

A prisão provisória, tal como configurada no período recente da história, é uma espécie de medida cautelar pessoal coativa que priva transitoriamente o indivíduo de sua liberdade, antes de sentença condenatória definitiva. Nos ordenamentos processuais penais modernos, esse tipo de provisão excepcional justifica-se para resguardar os meios e fins do processo penal - desde sua fase pré-processual de investigação até a aplicação das sanções previstas na lei penal - ou, excepcionalmente, como medida de defesa social.

No entanto, ao longo da história, constata-se que a detenção cautelar do acusado, além de ter servido a finalidades diversas da supramencionada, possuiu e ainda possui estrita conexão com a história do princípio da presunção de inocência.

O encarceramento existe desde a Antiguidade, mas sem natureza de sanção penal, até porque, até os séculos XVI e XVII, a punição concretizava-se pelo uso generalizado de penas bárbaras como a de morte e as penas corporais e infamantes. Na Roma Antiga, após experiências alternadas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva.¹⁰

Já, na Idade Média, com a intensificação do procedimento inquisitivo, a prisão preventiva tornou-se o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão *per tormenta*¹¹.

Somente no século XVIII a privação de liberdade surge como pena e apenas no século XIX a pena de prisão torna-se a principal pena, substituindo progressivamente as demais. No estágio seguinte, a pena adquiriu feição pública, eis que sua titularidade exclusiva fora avocada pelo Estado.

Com o advento do pensamento liberal clássico e concomitante à redescoberta do processo acusatório, a prisão provisória foi estigmatizada, porém justificada como “mal necessário” ou “cruel necessidade”. A consequência dessa legitimação foi que a prisão preventiva consolidou-se nos ordenamentos e estendeu-se nas práticas judiciais.

O aparecimento do fascismo resultou na franca crise da presunção de inocência e o uso da prisão cautelar tornou-se desmesurado.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 508.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 508.

Hodiernamente, não obstante o restabelecimento do princípio da presunção de inocência (que produz reflexos tanto na seara probatória, quanto no âmbito da excepcionalidade das medidas cautelares), constata-se a perversão ocorrida com a prisão preventiva, graças à sua mutação de instrumento exclusivamente processual destinado à necessidade instrutória para instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes.

De ver-se, pois, uma inversão da finalidade do consignado instituto e até mesmo do sistema penal, haja vista que aquele, aplicado como uma ilegítima pena sem juízo, faz pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade ou de culpabilidade amparada tão somente na suspeita da conduta delitiva.

A prática estampa que está ocorrendo a “penalização” de um instituto concebido para ser eminentemente processual, que desborda funcionalmente de seus fins e limites.

Diante do exposto, resta retomar a perplexidade e a dúvida de FERRAJOLI quanto ao real objeto da prisão preventiva tal como assente na prática judiciária:

A pergunta a que devemos tornar a levantar é então se a custódia preventiva é realmente uma “injustiça *necessária*”, como pensava CARRARA, ou se, ao invés, é apenas o produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo, não obstante as virtuosas proclamações em contrário, presumido culpado.¹²

Em sua primitiva redação, o sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941 foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação da culpabilidade, na medida em que a fundamentação da custódia referia-se apenas à lei, e não a uma razão cautelar específica.

No entanto, desde a Constituição de 1988 e, mais particularmente, desde a Lei nº 11.719 de 2008, que promoveu profundas modificações na matéria, toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado da condenação criminal deverá se fundar em ordem escrita da autoridade judiciária competente, consoante o disposto no art. 5º, LXI, da Carta Magna (ressalvados os casos de transgressão militar ou crime militar definido em lei).

¹² FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 512.

Nesse passo, a fundamentação válida e suficiente para justificara segregação excepcional de quem ainda se deva considerar inocente surge da necessidade de preservação da efetividade da fase de investigação e do processo, quando houver risco concreto e efetivo ao regular andamento deles por ato imputável ao acusado.

No entanto, não basta a fundamentação judicial da autoridade competente. Como se trata de grave medida restritiva de direitos e tendo em vista o direito fundamental constitucional de liberdade (que impõe que se aguarde o desenrolar regular do processo penal, a fim de que, havendo condenação do acusado, este possa ser preso), a decretação da prisão provisória ou cautelar deve estar expressamente prevista em lei.

2.2 Principiologia constitucional das prisões cautelares e seus desdobramentos

É de premente necessidade, antes de adentar ao tema da prisão provisória ou cautelar propriamente dito, tecer considerações sobre a base principiológica constitucional que, direta ou reflexamente, encontra efetiva aplicabilidade na questão.

Sobre o tema, LOPES JR. expõe que são justamente os princípios que permitirão a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência.¹³

Primeiramente e de maior relevância no contexto das prisões provisórias, destaca-se o princípio da situação ou estado de inocência inscrito no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Na linha de RANGEL, cumpre destacar a não adoção da terminologia presunção de inocência, mais usualmente utilizada, porque, entende-se que, se o réu não pode ser considerado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de igual modo não pode ser presumidamente inocente. Para ele, o antes destacado inciso da Carta Magna não presume a inocência, mas a afirma e a reforça.¹⁴

O indigitado princípio impõe a observância de duas regras de suma importância em relação ao acusado. A primeira de cunho probatório ou de juízo estabelece que todos os ônus da prova relativa à existência do fato criminoso e à sua autoria recaem exclusivamente sobre a acusação. Nesse passo, a dúvida deve conduzir inexoravelmente à absolvição.

¹³ LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁴ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 24.

A segunda regra, que é de tratamento e incide no campo prisional, implica que o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação. Dessa forma, consagra-se a absoluta excepcionalidade das medidas cautelares pessoais, mormente da prisão provisória.

Equivale isso a dizer que o estado de inocência (princípio capital do sistema punitivo) veda a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão de quem ainda se deva considerar inocente quando não fundada em motivos de extrema necessidade, devidamente justificada e apoiada em critérios legais e objetivos, relacionados à garantia da efetividade do processo e de seus resultados.

Nos dizeres de PRADO, no âmbito das medidas de privação de liberdade, a situação de inocência determina a orientação prevalente dos demais princípios processuais constitucionais, ao mesmo tempo em que baliza precisamente a própria noção de devido processo legal.¹⁵

O segundo postulado fundamental das medidas cautelares é o da proporcionalidade ou homogeneidade consagrado expressamente nos artigos 282, I e II, e 312, ambos do CPC¹⁶. O que ressalta dos aludidos textos é que toda e qualquer restrição a direitos individuais, além da exigência de ordem escrita e fundamentada do juiz, levará em conta a necessidade (idoneidade), a adequação (subsidiariedade) e a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre meios e fins) da medida, a serem aferidas a partir da garantia da aplicação da lei penal e da conveniência da investigação ou da instrução criminal.

Consequentemente, no sistema cautelar atual, a fim de se evitar restrição à liberdade mais severa que a sanção a ser eventualmente aplicada ao fim do processo - e existindo medida de menor gravidade capaz de lograr o mesmo objetivo -, a primazia deve ser da imposição de medida cautelar diversa da prisão e a esta só se recorrerá quando constatadas as hipóteses legais previstas nos artigos 312 e 313, do CPP.

¹⁵ PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória – Comentários aos artigos 311 – 318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: **Medidas cautelares no processo penal: Prisões e suas alternativas**. Og Fernandes (org). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 106.

¹⁶ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

É consectária lógica da situação de inocência, no que diz respeito às prisões cautelares, a excepcionalidade, no sentido de que não se pode ter a restrição à liberdade humana como regra, mas sim como exceção. Logo, a prisão provisória somente deve ser aplicada mediante criterioso juízo de urgência e necessidade, nos estritos limites de seus requisitos e hipóteses de cabimento.

PRADO leciona que o signo da excepcionalidade (na decretação e manutenção da prisão preventiva mais especificamente) pode ser considerado por três diferentes ângulos: de um lado, o juiz deve observar as hipóteses de descabimento da prisão preventiva ordinária (em geral, em casos para os quais é escassa a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade); por outro lado, ele deve, prioritariamente, alcançar a tutela do processo por meios menos invasivos aos direitos do imputado que a prisão preventiva; por fim, deve atentar-se ao razoável tempo de duração da prisão temporária.¹⁷

Após suas sucessivas reformas, mormente a de 2011, o postulado da excepcionalidade pode ser extraído de diversos dispositivos do CPP: o art. 282, § 4º menciona a decretação da prisão preventiva “em último caso”; o § 6º prevê a decretação da preventiva quando não cabível sua substituição por outra medida cautelar; e o art. 310, II condiciona a conversão da prisão em flagrante em preventiva à constatação da inadequação ou insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão.

Não menos importante é o princípio da provisoriedade, segundo o qual a duração de qualquer medida cautelar (cível ou penal) é limitada ao período de tempo transcorrido entre a instauração do procedimento cautelar e a promulgação da providência jurisdicional definitiva que se procura garantir, se e enquanto os requisitos que autorizaram a medida cautelar estiverem presentes. As prisões cautelares são, acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática.

Acresce-se aos postulados abordados o da instrumentalidade, o qual prega que os procedimentos cautelares, de maneira geral, atuam como meios para assegurar a eficácia prática de um procedimento principal.

Por fim, mas sem esgotar o tema, sobrelevam-se os princípios da legalidade e da jurisdicionalidade. A legalidade é, antes de tudo, à luz do garantismo penal e no âmbito do Estado Democrático de Direito, o princípio limitador de qualquer intervenção penal. É dever do juiz agir nos estritos limites da lei tanto para se conter eventuais abusos das autoridades, quanto para proteger e assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos.

¹⁷ PRADO, Geraldo. Op. cit, p. 121-123.

De acordo com os princípios em questão, somente pode haver privação da liberdade humana se houver expressa previsão legal e limitado o procedimento às regras estabelecidas em lei (devido processo legal).

À vista do princípio da legalidade, veda-se a imposição de medidas de coerção processual não previstas em lei, o que afasta, no processo penal, o uso de medidas cautelares inominadas, derivadas do poder geral de cautela do juiz.

Além disso, por importarem em restrições a direitos constitucionalmente assegurados, as medidas cautelares estão submetidas à análise judicial de sua adoção e somente a autoridade judiciária previamente competente pode adotá-las por decisão judicial fundamentada (à exceção da hipótese de flagrante delito, em que qualquer pessoa pode e a Polícia deve dar voz de prisão a quem se encontre em situação de flagrante).

Cabe dizer que, embora a prisão em flagrante se realize, excepcionalmente, sem a prévia intervenção judicial, ela deve ser submetida, *a posteriori*, ao crivo do Judiciário para análise de sua legalidade.

É, pois, medida efêmera, haja vista que, na dicção do artigo 310 do CPP, o juiz, ao receber o respectivo auto de prisão, deve necessariamente optar por relaxar a prisão, se ilegal; ou convertê-la em preventiva, se presentes os requisitos do artigo 312 e nas hipóteses do artigo 313; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Assim, não há possibilidade de se manter o indiciado preso sem a conversão da prisão em flagrante em preventiva.

2.3 Desenvolvimento da prisão provisória no sistema processual penal brasileiro

No Brasil, a Constituição do Império de 1824 já dispunha acerca da impossibilidade da prisão sem que houvesse formação de culpa – regulada pelo Código de Processo Criminal, de 1832 - excetuados os casos previstos em lei.

Para além da possibilidade de culpa formada, só existiam outras duas hipóteses de prisão anterior à sentença condenatória. Uma em caso de flagrante delito, a outra para hipóteses em que se indiciasse por crimes inafiançáveis.

Em 1841, a Lei 261 implementou uma reforma que instituiu um sistema de justiça criminal em que a Polícia possuía amplos poderes para prender, investigar, acusar e pronunciar os acusados de certos crimes.

Tal conjuntura só se modificou no ano de 1871, em que foi retirada a competência da Polícia para julgar certas infrações penais e criou o Inquérito Policial, instituto cujo modelo permanece sem grandes modificações até os dias de hoje.

Sob a Era Vargas, foi promulgado o Código de Processo Penal de 1941, que explicitamente optou pelo recrudescimento legislativo, inclusive no que tocava às prisões cautelares, originalmente cabíveis nas modalidades de prisão em flagrante (art. 301 a 310), prisão preventiva (art. 311 a 316), prisão decorrente da decisão de pronúncia (art. 408, § 1º) e prisão decorrente da sentença condenatória recorrível (art. 393).

Graduais reformas mitigaram o rigor excessivo da redação original do CPP: a prisão preventiva obrigatória foi extinta pela Lei 5.349/67, que conferiu a redação atual do artigo 311 do CPP.¹⁸

Com a Lei 6.416/77, foi conferida a possibilidade de o réu pronunciado ou condenado manter-se em liberdade com a alteração dos artigos 408, 594 e 596 do CPP (Lei 5.941/73¹⁹); houve o alargamento da liberdade provisória sem fiança, que passou a ser cabível, na forma do parágrafo único acrescentado ao artigo 310 do CPP, quando o juiz verificasse “a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

A consequência imediata da reforma de 1977 foi reduzir o instituto da fiança a uma quase inutilidade, visto que o autor de qualquer crime passou a poder ser beneficiário de liberdade provisória sem fiança (artigo 310, parágrafo único do CPP), ressalvada a controvérsia dos crimes hediondos e assemelhados, a fiança passou a servir apenas para que o autuado em flagrante delito punido com prisão simples ou detenção pudesse ser posto em liberdade mais agilmente pela própria autoridade policial.

Por outro lado, consagrando o encaminhamento jurisprudencial existente, foi eliminada a prisão decorrente da decisão de pronúncia (Lei 11.689/2008), assim como a decorrente da sentença penal condenatória recorrível (Lei 11.719/2008). Até então, vigia uma espécie de presunção de necessidade da prisão, ao velado argumento de que, acaso o acusado fosse pronunciado ou condenado por qualquer crime inafiançável, o risco de fuga considerável justificaria a prisão antecipada.

¹⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 2 ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 36-39.

¹⁹ Esta Lei foi denominada Lei Fleury em homenagem a Sérgio Paranhos Fleury, que lhe inspirou a edição. Fleury era delegado do DOPS e um dos principais agentes de que se valeu o regime militar na repressão à criminalidade política e comum. Graças à atuação do então Promotor de Justiça Hélio Bicudo, Fleury chegou a ser preso, mas, no prazo recorde de 30 dias, o Congresso aprovou a mencionada Lei, que proibiu a prisão automática por ocasião da pronúncia de “réus primários e de bons antecedentes”, o que, tecnicamente, era o caso daquele delegado.

No entanto, mesmo antes das leis modificadoras de 2008, a jurisprudência já encaminhava-se na direção de acolher a concepção que a prisão decorrente de pronúncia ou de sentença penal condenatória recorrível só não feria o princípio do estado de inocência se fosse devidamente demonstrada, na fundamentação das respectivas decisões judiciais, a necessidade da prisão cautelar. Caso contrário, estar-se-ia diante de prisões automáticas, meros corolários de ato processual, o que destoava da nova racionalidade do sistema processual penal.

A mudança legislativa consolidou, enfim, o entendimento de que os mencionados atos processuais não podem mais constituir título autônomo de prisão cautelar. É preciso que o magistrado, ao pronunciar ou condenar o réu, empreenda uma análise sobre a liberdade deste – quer para mantê-la, suprimi-la ou restaurá-la-, obrigatoriamente à luz dos pressupostos fáticos e dos requisitos de validade da prisão preventiva, indicados no artigo 312 do CPP,

A última alteração significativa acerca do tema em comento foi incorporada pela Lei 12.403/2011, que estabeleceu um extenso rol de medidas cautelares alternativas à prisão, a serem aplicadas isolada ou cumulativamente, consoante previsto nos artigos 282, § 1º e 319, I a IX, ambos do CPP.

Ainda no campo da reforma de 2011, é importante destacar que a previsão de prisão decorrente de sentença condenatória foi extirpada, devendo a decisão sobre a liberdade ou prisão do acusado orientar-se pelos requisitos da prisão preventiva.

Assim, o atual sistema processual penal brasileiro concebe tão somente três espécies de prisão provisória: a prisão preventiva, a prisão em flagrante e a prisão temporária.

Outra novidade da reforma, encartada no art. 313, do CPP, diz respeito à restrição das hipóteses de cabimento da prisão preventiva aos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos; à reincidência em crime doloso; e aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

De se atentar que as inúmeras alterações das regras das medidas cautelares pessoais advindas da reforma de 2011 do CPP surgem precisamente para evitar o excesso de encarcerização provisória.

A prisão em flagrante (art. 301 e seguintes do CPP) é uma medida cautelar administrativa cujo fito é de segregar provisoriamente e de forma imediata o indivíduo que fora surpreendido no cometimento de infração penal. Sua finalidade esgota-se, rapidamente, a partir da comunicação ao juiz, consoante será explicitado adiante.

No que toca a essa modalidade de prisão, a nova redação do art. 310 explicita que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente optar por relaxar a prisão ilegal; ou convertê-la em preventiva, acaso presentes os requisitos do art. 312 e nas hipóteses do art. 313; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Vê-se, pois, que o magistrado não pode manter o indiciado preso sem a conversão em preventiva.

A terceira e última modalidade de prisão provisória é a prisão temporária regulada pela Lei 7.960/1989. Trata-se de medida de constrição de liberdade do suspeito para acautelar as investigações do inquérito policial (art. 1º, I). Seu cabimento é restrito à fase de investigação policial, bem como aos crimes elencados no art. 1º, III. Sua duração máxima está expressamente fixada em lei (art. 2º, da referida lei e art. 2º, § 4º, da Lei 8.072/1990).

2.4 Requisitos autorizadores e hipóteses legais de cabimento da prisão preventiva

A prisão preventiva prevista nos artigos 311 *usque* 316 do CPP é uma modalidade de medida cautelar privativa de liberdade, cabível durante a investigação policial ou no curso do processo penal e voltada a assegurar a finalidade útil do processo criminal no tocante à instrução, à segurança pública ou à aplicação efetiva da lei penal. Com a nova redação do art. 283, caput, *in fine*, do CPP, a única prisão cautelar possível de ser decretada no curso da ação penal é a prisão preventiva.

São legitimados para pedi-la a autoridade policial durante o inquérito, o Ministério Público, o querelante, o assistente de acusação e o juiz, de ofício, somente na fase processual. Em todo caso, a prisão preventiva só pode ser decretada pelo juiz competente (postulado da jurisdicionalidade).

Em razão de sua gravidade, e como decorrência do sistema de garantias individuais constitucionais, referida espécie de cautelar, por provocar a privação de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, justifica-se enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal e, ainda, quando se mostrar a única maneira de satisfazer tal necessidade (art. 282, do CPP). Isto posto, aplicam-se a ela todos os princípios e postulados constitucionais fundamentais anteriormente abordados.

Feitas essas observações, a prisão preventiva demanda, para sua decretação, a conjugação de pressupostos ou requisitos fáticos (circunstâncias autorizadoras do art. 312, CPP) com requisitos normativos ou objetivos (hipótese legais de cabimento do art. 313 do CPP).

Os requisitos fáticos estão elencados da seguinte forma:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Da análise do dispositivo, infere-se que são necessários para a decretação da medida a prova da existência do crime (materialidade), indício suficiente de autoria (razoáveis indicações, pela prova colhida até então, de ser o indiciado ou réu o seu autor) e pelo menos um dos elementos variáveis listados na primeira parte do *caput*: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou assecuração da aplicação da lei penal.

Já o parágrafo único acrescenta o que NUCCI afirma ser não um pressuposto fático, mas uma hipótese de cabimento, cuja finalidade é conferir maior efetividade às medidas cautelares alternativas ao cárcere, na lógica da excepcionalidade da prisão trazida pela nova sistemática processual penal.²⁰

Para essa hipótese de descumprimento de medida cautelar alternativa, não há consenso e parte da doutrina entende que, em não sendo cumpridas as obrigações fixadas, nos termos estabelecidos no art. 282, § 4º, *in fine*, e presentes os requisitos fáticos do art. 312, *caput, in fine* (*fumus commissi delicti e periculum libertatis*), a prisão preventiva poderá ser decretada para qualquer tipo delito, ainda que fora das hipóteses de cabimento do art. 313 (como os crimes culposos ou dolosos com pena máxima igual ou inferior a 4 anos). Nesse caso, a prisão preventiva não é autônoma, mas subsidiária, medida sancionadora de falta processual.²¹

Os requisitos relativos à prova da existência do crime e ao indício suficiente de autoria constituem o *fumus delicti* ou mérito substantivo ou aparência do direito, equivalente ao *fumus boni iuris* de qualquer processo cautelar.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: de acordo com a Lei 12.403/2011. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2013. p. 99.

²¹ Nesse sentido, encaminham-se NUCCI, PRADO, OLIVEIRA, LOPES JR. e CRUZ.

Dentro dessa concepção, se não há evidências da ilicitude da conduta, não há que se falar em materialidade delitiva, descabendo, portanto, a prisão preventiva. Nesse sentido situa-se a previsão do art. 314, do CCP, que veda a decretação da prisão preventiva, caso o juiz, pelas provas constantes dos autos, constate ter o agente praticado o fato em legítima defesa, estado de necessidade ou qualquer outra excludente de ilicitude.

De outro lado, os quatro elementos variáveis elencados no início do art. 312 integram o pressuposto do *periculum libertatis*, equivalente ao *periculum in mora* do processo cautelar em geral. Ele está configurado sempre que a liberdade do acusado puder obstaculizar o transcurso regular do processo, seja com intimidação de testemunhas e vítima, seja com alteração ou destruição de provas, por exemplo. Frise-se que basta a presença de um desses pressupostos fáticos para fundamentar a prisão preventiva.

As prisões preventivas por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, na visão de OLIVEIRA, são evidentemente instrumentais, porquanto dirigidas a tutelar o processo, atuando como medida cautelar para garantia da efetividade do processo principal (a ação penal). Por sua vez, as prisões para garantia da ordem pública e da ordem econômica, não obstante serem fundadas em fatos que sejam do conteúdo e do objeto do processo, não implicam a proteção deste.²²

A redação original do projeto da reforma de 2011 substituíra as controversas expressões garantia da ordem pública e da ordem econômica pela possibilidade de se decretar a prisão com esteio no prognóstico de que, em liberdade, o imputado poderia praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante ameaça ou violência à pessoa. No entanto, para desconforto da doutrina majoritária, ambas as hipóteses permaneceram inalteradas.

NUCCI defende que o legislador não definiu de forma mais detalhada os aludidos fatores da prisão preventiva “para continuar tolerando seja o juiz o protagonista da conceituação, conforme o caso concreto. Qualquer interferência, nesse setor, poderia dar margem ao cerceamento no uso da prisão cautelar”.²³

As circunstâncias autorizadoras referentes à conveniência da instrução criminal e à garantia da aplicação da lei penal são de percepção mais clara e de menor controvérsia, desde que, obviamente, seu uso esteja cercado dos critérios legais e fundamentadamente embasado.

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2014. p. 554-555.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 88.

Por conveniência da instrução criminal (hipótese cautelar por excelência), entende-se a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver interferindo na obtenção de informações pela autoridade policial ou na captação de provas em juízo, seja ameaçando, constrangendo ou subornando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, seja alterando o lugar do crime ou destruindo documentos, ou ainda provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal.

Já a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal contempla os casos em que haja risco de o acusado furtar-se à aplicação de eventual sanção determinada em sentença condenatória. É bem de ver, porém, que semelhante modalidade de prisão há de se fundar em dados objetivos da realidade – por exemplo, se o acusado está se desfazendo de seu patrimônio ou se se encontra em lugar incerto e não sabido -, não podendo revelar-se fruto de mera presunção teórica judicial.

Alterando-se o prisma para a garantia da ordem pública, de longe a mais problemática na teoria e na prática judiciária, a jurisprudência e a doutrina pátrias, ao longo dos anos, têm se mostrado ainda um pouco vacilantes, embora já deem sinais de ter optado pelo entendimento da noção de ordem pública como risco ponderável da repetição da ação delituosa objeto do processo, acompanhado do exame acerca da gravidade do fato e de sua repercussão. O tema, em razão de sua grande importância para os objetivos deste trabalho, será abordado de forma mais pormenorizada posteriormente.

Por fim, e não menos controversa, a garantia da ordem econômica, espécie do gênero ordem pública (por isso, são cabíveis as mesmas críticas à imprecisão do termo), busca coibir a conduta repetida dos crimes previstos nas Leis 8.137/1990 (crimes contra a ordem econômica), 8.176/1991 (crimes contra a ordem econômica e tributária e as relações de consumo), 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro), ensejadores de danos de repercussões sistêmicas.

É pertinente a crítica de OLIVEIRA, segundo o qual a referência expressa à garantia da ordem econômica seja inadequada, haja vista que a magnitude da lesão não seria amenizada e nem diminuídos os seus efeitos com a simples prisão preventiva de seu autor. Para ele, dada a natureza do risco (contra a ordem econômica), seriam mais efetivas medidas cautelares como o sequestro e a indisponibilidade de bens dos possíveis responsáveis pela infração.²⁴

²⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 555.

Além da presença dos requisitos fáticos acima esmiuçados, para que se possa decretar a prisão preventiva, devem estar configuradas umas das hipóteses de cabimento (requisitos normativos ou objetivos) previstas no art. 313, do CPP. A propósito:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do *caput* do art. 64 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV – Revogado pela Lei 12.403, de 2011.

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Guiada pelos critérios da excepcionalidade e da proporcionalidade, a nova disposição desse dispositivo acarretou na diminuição do rol dos crimes que, a princípio, admitem a prisão provisória. Nesse diapasão, a lei tem um caráter nitidamente descarcerizador.

Pode ser apontada como a maior inovação a substituição do antigo critério *reclusão-detenção* pelo critério *quantidade da pena*, assinalado no inciso I. Passa, então, a caber a prisão preventiva contra autores de crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, o que afasta, de plano e como regra, a prisão preventiva autônoma para os crimes culposos e contravenções penais.

Para os demais crimes dolosos com pena máxima igual ou inferior a esse patamar, a prisão só será possível se, presentes também as situações do art. 312, o réu for reincidente (ressalvado o art. 64, I, do CP) por condenação passada em julgado pela prática de outro crime doloso (inciso II do art. 313).

Foi mantida, no inciso III, a autorização para a prisão preventiva inserida pela Lei 11.340/2006 (que cuida do sistema de proteção à mulher contra a Violência Doméstica e

Familiar) e, ainda, ampliou-se a proteção para a criança, adolescente, idoso, enfermo e pessoa com deficiência, de modo a garantir a execução das medidas protetivas previstas em leis.

Vale lembrar que, nesses casos, a prisão preventiva só pode ser decretada, se alguma medida de proteção o tiver sido previamente, e, se existir fundado risco de seu descumprimento.

OLIVEIRA pondera que a regra geral da exigência de crimes dolosos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos para a decretação da preventiva se refere à modalidade autônoma desta cautelar, não contemplando as situações do art. 313, II e III.²⁵

Por último, caberá prisão preventiva contra a pessoa que, ante a existência de dúvida sobre sua identidade civil, não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (parágrafo único, do art. 313). No entanto, o próprio dispositivo ressalva que tal modalidade de preventiva é efêmera, condicionada à persistência da dúvida sobre a identidade do indiciado ou acusado.

2.5 A tortuosa definição do termo “garantia da ordem pública” e suas repercussões

De acordo com o que fora acima aventado, e não obstante a maior incidência como fundamento das decisões judiciais, a garantia da ordem pública é, indubitavelmente, o pressuposto fático caracterizador do *periculum libertatis* mais controvertido, nas searas doutrinária e jurisprudencial.

Tal fato decorre de sua difícil definição e da inexistência de quaisquer referências ao que seja efetivamente a desordem. O risco que se corre é que a expressão pode prestar-se, perigosamente, a justificar o arbítrio dos magistrados, quando da sua aplicação.

Posição minoritária, RANGEL não considera o termo vago, atribui, no entanto, a vagueza e a imprecisão à decisão do magistrado que não justifica a suposta ordem pública ameaçada com a liberdade do acusado.²⁶

Todavia, o argumento se revela frágil, porque, *in casu*, a exacerbação da abstração do texto legal é que propicia ao juiz o recurso a qualquer motivação para justificar a necessidade da custódia cautelar, sem que haja, de fato, razão para se resguardar o processo, desviando-lhe sua função.

A indefinição terminológica, além de atentar contra o princípio da estrita legalidade vigente em matéria restritiva de direitos, abre brechas para o desvirtuamento da cautelaridade da prisão preventiva, deixando a critério dos juízes decidir, nos casos concretos, a aferição da

²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 561.

²⁶ RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 796.

necessidade de se garantir a ordem pública segundo critérios de ordem subjetiva. Nesse aspecto, KATO expõe que:

A prisão como garantia da ordem pública rompe com o princípio da legalidade, pelo seu conceito indefinido, subjetivo, vago e amplo. É exatamente nesse conceito de conteúdo ideológico que se verifica a possibilidade do exercício arbitrário das prisões, em desrespeito aos direitos fundamentais, tornando legítimas decisões injustas e ilegais.²⁷

Na contramão de outras legislações, como a espanhola, a alemã e a italiana²⁸, o Código de Processo Penal pátrio não esclarece os requisitos mínimos necessários à imposição da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

No entanto, a doutrina, na tentativa de conferir à garantia da ordem pública um significado mais concreto, converge em defini-la como a “a paz e a tranquilidade social” ou ainda como a “estabilidade e/ou a tranquilidade da comunidade”. Nessa lógica, estar-se-ia tutelando a ordem pública toda vez que o crime gerasse um abalo social, uma comoção na comunidade a ponto de desestabilizar sua “harmonia”.

NUCCI, em especial, tenta fixar quesitos básicos de aferição tais como gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa. Para ele, o binômio dos elementos já basta para a motivação da prisão cautelar.²⁹

A seu turno, PACELLI preconiza que ela somente deve ocorrer em hipóteses de crimes gravíssimos, quer quanto à pena, quer quanto aos meios de execução utilizados, e quando haja risco de novas investidas criminosas e ainda seja possível constatar uma situação de comprovada intranquilidade coletiva no seio da comunidade.³⁰

Não obstante as citadas tentativas de conferir maior definição à expressão garantia da ordem pública, ainda não existe um consenso doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. Com maior ou menor requinte, as demarcações conceituais não fogem muito das adiante apresentadas.

²⁷ KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. Op. cit., p. 117.

²⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Regimes constitucionais de liberdade provisória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 69-70.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 88.

³⁰ Ver nesse sentido, por exemplo, HC 119457/SP (STF), Relator Ministro Teori Zavascki; RHC 48067/ES (STJ), Reatora Ministra Regina Helena Costa

Há entendimentos no sentido de se aferir o risco à ordem pública a partir unicamente da gravidade abstrata do crime praticado, a reclamar uma providência imediata das autoridades, até mesmo para evitar o suposto sentimento de inquietude coletiva que pode ocorrer em tais situações. Mas, inevitavelmente, tal argumento viola o princípio da presunção de inocência, já que estar-se-ia partindo de uma antecipação da culpabilidade.

Lateralmente, há quem recorra, equivocadamente, à “credibilidade da justiça” como fundamento legitimante da segregação (pois deixar o autor de um delito grave solto geraria o descrédito das instituições). A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Público e o encarceramento seria a reafirmação da crença no aparelho estatal repressor.

Outra posição igualmente incabível é de que a prisão cautelar seria para garantia da integridade física do imputado, diante do risco de linchamento pela comunidade. Prender alguém para assegurar sua segurança é um paradoxo insuperável e incompatível com o sistema penal constitucional garantista.

Vale registrar que o clamor público também não é motivação suficiente, por si só, para a decretação de qualquer prisão cautelar.³¹ O julgador deverá pautar-se não pela opinião pública, muitas das vezes manipuladora, mas sim pelas particularidades do caso sob sua análise. Infelizmente, é prática comum a construção midiática do pressuposto da posterior prisão cautelar.

Por fim, há aqueles que justificam a prisão preventiva no risco de reiteração de condutas criminosas, caso em que ao agente fossem imputados diversos crimes, de modo que a prisão impediria que voltasse a delinquir. Novamente, é hipótese que afronta claramente o princípio da presunção de inocência – que deve permanecer intacta em relação a fatos futuros.

Do que foi exposto, é facilmente perceptível que a finalidade das prisões cautelares para garantia da ordem pública (incluindo igualmente a da ordem econômica, porquanto constitui-se espécie do gênero ordem pública) não se destina a resguardar o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal.

Ao revés e como tentar-se-á demonstrar ao longo do presente trabalho, dirige-se a “fazer justiça”, a partir de uma suposta proteção da própria comunidade, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não encarceramento de autores de crimes que causassem inquietude social. Sobressai o caráter típico de política criminal, medida de segurança, defesa social e antecipação da punição.

³¹ Ver nesse sentido, por exemplo, HC 115897/PR (STF), Relator Ministro Marco Aurélio

Observa-se que, em certos casos, a prisão para garantia da ordem pública atende a uma dupla função: pena antecipada e medida de segurança, já que pretende isolar um sujeito supostamente perigoso. LOPES JR. chega, inclusive, a sustentar, por ausência de cautelaridade, a inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública ou da ordem econômica. Sobre o tema, o autor sintetiza:

É inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e, por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir esse papel vingativo.³²

Ao encontro da tese da inconstitucionalidade, GOMES FILHO recusa o enquadramento da medida como cautelar com este fundamento e acrescenta que o “apelo à ‘ordem pública’, representa, em última análise, a superação dos limites impostos pelo princípio da legalidade estrita”.³³

Para além da inconstitucionalidade da medida, FERRAJOLI sustenta a própria inviabilidade da prisão provisória - face ao princípio da situação de inocência, ao sistema acusatório e às garantias que devem ser preservadas no processo penal -, sob o fundamento de absoluta falta de coerência lógica.³⁴ E, com o argumento de incompatibilidade da prisão cautelar com aquele mesmo princípio, KATO reitera a referida posição.³⁵

FERRAJOLI, de modo radical, estabelece como solução um processo sem prisão cautelar, pelo menos até o primeiro grau de jurisdição. Consoante o teórico do garantismo, em uma sociedade pós-tecnológica, não faltarão meios, inclusive menos custosos, de se salvaguardarem fins processuais e fins penais.³⁶

Em suma, o caráter material da prisão preventiva para garantia da ordem pública (e da ordem econômica) e a sua indefinição conceitual contribuem para o desvio de função da própria prisão provisória, que, ao invés de acautelar o processo, passa a ser empregada como antecipação de pena e forma de dar satisfação aos anseios punitivos difundidos no meio social.

³² LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 111.

³³ GOMES FILHO apud PRADO, Geraldo. Op. cit, p. 120.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 511-517.

³⁵ KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. Op. cit., p. 107-116.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 515-517.

Com efeito, há no âmbito jurídico brasileiro inúmeras críticas à visão meramente teórica da prisão provisória, segundo as quais diversos autores, entre eles GOMES FILHO, defendem a inconstitucionalidade da prisão provisória na modalidade ordem pública.³⁷

Nessa visão, o apelo da ordem pública desequilibra por completo a balança para a repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais e, por esse motivo, não pode ser tido como cautelar.

Ainda no entendimento desse autor, a ordem pública compreende toda finalidade não relacionada com os provimentos cautelares propriamente ditos, sendo utilizada como meio de reação imediata do Poder Judiciário, a fim de satisfazer o anseio por justiça emanado no seio da sociedade, bem como de demonstrar uma retribuição exemplar.

Daí porque, na concepção dele, todas as hipóteses de ordem pública violam o princípio do estado de inocência, já que, em todas, há a presunção de que houve um crime e de que o acusado é o autor.³⁸

Dessa maneira, resta insuperável o paradoxo entre a presunção de periculosidade na qual se calca tal modalidade de prisão preventiva e o estado de inocência expressamente veiculado e reforçado pela Constituição Federal.

Ante essas contradições, determinados autores resumem-se a tornar essa modalidade de encarceramento a mais excepcional possível, como CRUZ e ZANOIDE DE MORAES, que propõem a exigência de requisitos cumulativos mínimos para sua aceitação, relacionados à pena do crime, às circunstâncias e à forma de cometimento deste e também ao lapso temporal entre o cometimento do crime e o decreto de prisão.³⁹

A seu turno, há quem, como LOPES JR., rechace o uso da prisão preventiva nas modalidades garantia da ordem pública e econômica (por sua discutível constitucionalidade) e recomende que o juiz maneje apropriadamente as medidas cautelares diversas, previstas no artigo 319 do CPP, que, se aplicadas de forma adequada, “podem muito bem atingir o mesmo escopo sem o imenso custo social e individual de uma prisão preventiva”.⁴⁰

As críticas ora suscitadas podem ser sintetizadas pela visão de PRADO, segundo a qual a aventada inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública (e da ordem econômica) não decorre exclusivamente do fato de ela não ser cautelar, mas também, e especialmente, porque ela assume a feição de medida de polícia judiciária que antecipa a

³⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

³⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit.

³⁹ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit., p. 215-216.

⁴⁰ LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 123-124.

punição, valendo-se do processo como mero veículo ou pretexto para impor privação de liberdade.⁴¹

No campo criminológico, o que tentar-se-á demonstrar é que a prisão preventiva, em especial na modalidade garantia da ordem pública, apesar de excepcional no plano jurídico-teórico, é a regra para os selecionados pelo sistema penal.

⁴¹ PRADO, Geraldo. Op. cit, p. 138-143

CAPÍTULO 3 – DISFUNÇÕES CONSTATADAS NA PRÁTICA JUDICIAL REFERENTES À IMPOSIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

3.1 A imprescindibilidade de motivação das decisões judiciais idônea no âmbito da prisão provisória

Consoante exposto anteriormente (*ver* 2.2), a Constituição Federal, em seu inciso LVII do artigo 5º consagra o princípio da situação de inocência, ao afirmar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. De igual maneira, no inciso LIV do mesmo artigo, sujeita a privação de liberdade à observância do devido processo legal.

É em decorrência da lógica constitucional acima aventada que a prisão provisória - medida que restringe direitos e liberdades individuais antes de uma sentença condenatória - possui a excepcionalidade como característica precípua, o que significa que só deve ser aplicada mediante fundamentação idônea e criterioso juízo de urgência e necessidade, respeitados os estritos limites de seus requisitos fáticos e hipóteses de cabimento legalmente fixados.

Ademais, há que se pontuar que a decisão de sua decretação, manutenção, alteração ou revogação perdura enquanto perdurarem as circunstâncias que a justifiquem, haja vista ser providência marcada pela provisoriedade. Destarte, está sujeita a constante verificação de seu cabimento.

Dá a importância de uma fundamentação idônea por parte do magistrado da decisão que impõe uma medida cautelar, em especial a prisão preventiva, a fim de que se conheçam as razões e os interesses pelos quais um direito ou uma liberdade individual foram sacrificados.⁴² Por isso que faz-se imperiosa a demonstração da compatibilidade da prisão preventiva com a presunção de inocência.

Somente por meio da declaração expressa dos motivos da decisão que se torna possível reconstituir o caminho percorrido pelo magistrado para a decretação da medida de *ultima ratio*. Para LANFREDI, pela fundamentação judicial suficiente a cautelar pode externar-se como uma providência racional e razoável.⁴³

Em particular no tocante às modalidades de prisão preventiva para a garantia da ordem pública e econômica, GOMES FILHO pontua que, nessas hipóteses, a fundamentação não só é

⁴² LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana. Op. cit. p. 90-95.

⁴³ LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana. Op. cit. p. 90.

possível, como deve ser “escrupulosamente exigida”. Isso porque o hiato terminológico propicia a inserção de conteúdo que mascara juízos de valor do julgador, incorrendo em ruptura com os padrões de legalidade.⁴⁴

No entanto, o que se constata da prática judicial é que, frequentemente, as decisões de decretação da prisão preventiva carecem de fundamentação idônea a legitimá-las, seja porque os magistrados simplesmente não fundamentam sua decisão (pressupondo que, no caso concreto, o cárcere é a solução autoevidente), seja porque, quando o fazem, “em puro arremedo de motivação” para enquadramento legal, reproduzem de forma genérica os requisitos do artigo 312 do CPP, sem contudo, apontar qualquer prova dos autos a lhes conceder supedâneo fático.

⁴⁵

Do lado avesso da exigência constitucional (artigo 93, IX, da Constituição Federal), os magistrados, em geral, não fundamentam sua decisão de imposição de qualquer medida cautelar em provas constantes do inquérito policial ou do processo penal, ou seja, eximem-se de empregar na decisão dados empíricos que guardem pertinência com a regra legal a basear o decreto da medida cautelar.

Sustenta PRADO que, é nesse contexto, que, invariavelmente, invocam-se as teses superficiais da gravidade do crime ou da periculosidade do agente para justificar a decretação da medida cautelar. Entretanto, na generalidade dos casos, as invocações – que podem ser aplicadas indistintamente a uma série de situações diferentes - encobrem a falta de fundamentação.⁴⁶

Indubitavelmente, ocorre uma inversão da lógica cautelar e, com certa frequência, recorre-se a um esquema tautológico, em que o requisito do *periculum libertatis* é satisfeito, quase que por completo, pelo *fumus commissi delicti*. E, quando o magistrado não verifica a real necessidade da prisão preventiva à natureza do delito, esta é imposta como a própria aplicação da pena em si.

Cabe frisar que, assim procedendo, a prática de primeira instância opera à revelia da jurisprudência relativamente pacífica do E. Supremo Tribunal Federal que destaca que, em caso de prisão preventiva decretada sem base em dados concretos, a gravidade abstrata dos delitos

⁴⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 188-189.

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 102.

⁴⁶ PRADO, Geraldo. Op. cit, p. 150-151.

ou a suposta periculosidade social do agente não são, por si sós, motivações hábeis para a medida restritiva de liberdade na modalidade garantia da ordem pública.⁴⁷

3.2 Dados e panorama geral da prática judiciária

Não obstante a excepcionalidade da prisão preventiva e o seu condicionamento a uma decisão idoneamente fundamentada, bem como a reforma do sistema cautelar no processo penal pátrio com o advento da Lei 12.403/2011, o perfil da população carcerária brasileira sugere que ainda não houve reflexos efetivos na prática judiciária brasileira aptos a alterar a distribuição do contingente carcerário.

Dados mais recentes do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) apontam que, em dezembro de 2012, havia, no país, um total de 548.003 presos, sendo que destes 195.036 eram presos provisórios, perfazendo cerca de 35,6% da população carcerária total.⁴⁸

A proposta manifestamente descarcerizadora da Lei 12.403/2011 não impediu, no Brasil, o incremento, no período entre dezembro de 2011 e dezembro de 2012, de quase 6,5% do número total de presos e de mais de 12, 2% do número de presos provisórios. Também houve o aumento da proporção destes últimos em relação à população carcerária como um todo (de 33,8% para 35,6%)⁴⁹.

⁴⁷ Entre várias decisões, citam-se as seguintes: “Habeas corpus. Dupla supressão de instância. Excepcionalidade. Prisão preventiva. Gravidade abstrata da conduta. Tráfico de drogas. 35g de maconha. Ordem concedida de ofício. (...) 2. No caso, a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva limitou-se a fazer afirmações a respeito da gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, em contrariedade à firme orientação jurisprudencial do Tribunal. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de eventual condenação, ressalvada a possibilidade de expedição de nova ordem de prisão por fundamento superveniente.” (HC 122068/MG, Relator Ministro Roberto Barroso); “Habeas corpus. Processual Penal. Prisão preventiva. Crimes de tráfico e de associação para o tráfico de drogas. Artigos 12 e 14 da Lei nº 6.368/76. Necessidade de comprovação da presença dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Inidoneidade dos fundamentos justificadores da custódia no caso concreto. Revogação. Superação do enunciado da Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal. Ordem concedida. (...) 3. Na hipótese em análise, ao determinar a custódia do paciente, o Tribunal estadual não indicou elementos concretos e individualizados que comprovassem a necessidade da sua decretação, conforme a lei processual de regência, calcando-a em considerações abstratas a respeito da periculosidade do agente e da necessidade de garantia da ordem pública. 4. Segundo a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, para que o decreto de custódia cautelar seja idôneo, é necessário que o ato judicial constritivo da liberdade traga, fundamentadamente, elementos concretos aptos a justificar tal medida. 5. Ordem concedida.”

⁴⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. InfoPen – Estatística. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID2627128ED69E45C68198CAE6815E88D0PTBRIE.htm>>. Acesso em 25/09/2014.

⁴⁹ No caso específico do Distrito Federal, a proporção de presos provisórios, no período de dezembro de 2011 e dezembro de 2012, cresceu de 21,18% para 22,17%.

Em estudo realizado no programa de mestrado da Universidade de Brasília, Patrick Mariano Gomes analisou 460 acórdãos do STF (tendo como base estruturante as decisões judiciais para decretação da prisão provisória cujo fundamento foi o conceito de ordem pública), a fim de não só identificar quem seria o indivíduo criminalizado, como também entender os discursos jurídicos-penais legitimadores do encarceramento de parte da população.⁵⁰

Tal pesquisa será de suma importância para o presente trabalho em dois aspectos: primeiro como ponto de partida, a partir do qual tentar-se-á corroborar, no âmbito da primeira instância, as conclusões a que chegaram o pesquisador, no âmbito do STF; e também para fornecer o parâmetro de pesquisa a partir do qual foram selecionados os quatro discursos jurídico-penais mais incidentes na decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública (conforme Tabela 2). A partir desses dados é que foi realizada a análise dos tópicos seguintes (3.4 a 3.6).

O pesquisador chamou a atenção para a explícita ausência de parâmetro mínimo de lógica argumentativa para se determinar quais são as condutas que afrontam a ordem pública, o que acaba por ocasionar a banalização do uso da prisão preventiva⁵¹

No levantamento, foram considerados tanto os tipos de crimes que costumeiramente mais se relacionavam ao tema da ordem pública e prisão preventiva, quanto os discursos jurídico-penais que serviram como justificativa das decisões judiciais.

Se por um lado, no tocante à categoria de crimes com a incidência mais comumente relacionada à prisão preventiva na categoria ordem pública, constatou-se que o poder de punir antecipado incide sobre 4 condutas: homicídio qualificado, drogas, patrimoniais com violência e os patrimoniais sem violência, conforme se vê na Tabela 1⁵².

Tabela 1 – Categorias de crimes mais comumente relacionados à prisão preventiva para ordem pública – 1936-2012

Descrição do(s) crimes(s)	Frequência	Percentual
Contra a Vida	155	34,4%
Drogas	123	27,3%
Patrimoniais com Violência	41	9,1%
Patrimoniais	31	6,9%

⁵⁰ PATRICK MARIANO GOMES. Op. cit.

⁵¹ PATRICK MARIANO GOMES. Op. cit. p. 65.

⁵² Tabela e dados obtidos da Tabela 9 da pesquisa de PATRICK MARIANO GOMES. Op. cit. p. 114.

Contra o Patrimônio Público	29	6,4%
Sexuais	19	4,2%
Ocorrência de mais de um crime mencionado	19	4,2%
Prisão por motivo exclusivo de ordem pública	15	3,3%
Outros crimes	7	1,6%
Tribunal de Segurança Nacional	6	1,3%
LSN (Lei de Segurança Nacional)	5	1,1%
Contra a Liberdade Individual	1	0,2%
Total	451	100,0%

Por outro lado, no que se refere ao discurso jurídico-penal sobre o tema da ordem pública e prisão preventiva, a pesquisa empírica captou que as repetições argumentativas nas decisões judiciais dos ministros do Supremo Tribunal Federal aparecem com a seguinte frequência, na ordem decrescente: periculosidade do agente, gravidade do crime, evitar a prática de novos crimes e acautelar a o meio social. A tabela 2⁵³ assim ilustra o cenário:

Tabela 2 – Frequência de ocorrência de cada tipo de justificativa da decisão no âmbito do STF

Justificativa da decisão	Frequência	Percentual
Periculosidade do Agente	219	47,61%
Gravidade do Crime	146	31,74%
Evitar a Prática de Novos Crimes	138	30,00%
Acautelar o Meio Social	134	29,13%
Pertencer a Organização Criminosa	80	17,39%
Modus Operandi	61	13,26%
Outros	52	11,30%
Drogas	36	7,83%
Credibilidade das Instituições	29	6,30%

⁵³ Tabela e dados obtidos da Tabela 19 da pesquisa de PATRICK MARIANO GOMES. Op. cit. p. 125.

Temor Infundido nas Testemunhas	19	4,13%
Fuga	13	2,83%
Proteção do Réu	2	0,43%

É válida a conclusão do pesquisador de que “a consolidação dos dados demonstra que os ministros, ao analisarem prisões preventivas para garantia da ordem pública, decidem com base em estereótipos, conjecturas e idiossincrasias”⁵⁴.

Ademais, importante para o presente trabalho é a constatação de que o parâmetro de análise das decisões judiciais correspondente às quatro mais recorrentes justificativas para a prisão preventiva com base na ordem pública (periculosidade do agente, gravidade do crime, contenção da prática de novos crimes e acautelamento do meio social), que foram invocadas 637 vezes, possuem a clara função de antecipação da pena.

A hipótese que motivou o presente trabalho é a de que, na prática judiciária, o conceito de ordem pública, em especial nas suas quatro mais recorrentes justificativas, reforça a banalização da prisão preventiva e se afigura como meio de antecipação da pena e de concretização da seletividade do sistema penal promovida pelos magistrados de primeira instância.

A fim de verificar empiricamente essa hipótese, fez-se a opção pela análise de decisões judiciais de primeira instância e sua correspondente crítica. Nos tópicos seguintes será apresentada a metodologia usada para a análise das decisões e realizada a respectiva apreciação pormenorizada dos aspectos relevantes de cada decisão selecionada.

Por fim, no Capítulo 4, com base no referencial teórico adotado da Criminologia Crítica, buscar-se-á explorar criticamente os quatro discursos jurídico-penais para decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública, cujo parâmetro de escolha foram os dados coletados pelo pesquisador Patrick Mariano Gomes.⁵⁵

3.3 Metodologia de análise das decisões judiciais

Tendo em vista esse pressuposto, foram selecionadas algumas decisões proferidas, em varas criminais do Distrito Federal, em sede de primeira instância. A coleta de decisões para a

⁵⁴ PATRICK MARIANO GOMES. Op. cit. p. 125.

⁵⁵ PATRICK MARIANO GOMES. Op. cit.

formação do conjunto analisado foi feita a partir dos mais recentes acórdãos de *habeas corpus* julgados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

No campo de pesquisa de jurisprudência do site do TJDF, foram inseridos como argumentos de pesquisa termos como “prisão preventiva”, “ordem pública”, “periculosidade agente”, “meio social”, “reiteração delitiva” e “tipo penal”. Com os resultados dos acórdãos obtidos, escolheram-se, entre as respectivas decisões de primeiro grau mais recentes, aquelas que de modo mais explícito reforçavam as conclusões do pesquisador Patrick, as quais se pretende confirmar no presente trabalho.

Como o objetivo do trabalho é explorar as disfunções das principais justificativas judiciais que embasam o conceito de ordem pública nas decisões de decretação de prisão preventiva, foram incluídas na análise os quatro discursos jurídico-penais mais recorrentemente associados a ordem pública e prisão preventiva no Supremo Tribunal Federal, segundo os dados colhidos na supracitada pesquisa realizada por Patrick Mariano Gomes⁵⁶.

A opção por tal procedimento de seleção de decisões e de argumentações justificadoras da prisão preventiva para garantia da ordem pública se deu em razão de dois critérios: a expressiva frequência numérica dos quatro argumentos mais recorrentes no STF, haja vista terem sido invocados – conjunta ou separadamente –, 637 vezes em um universo de 929 argumentos, o que corresponde a cerca de 69% dos casos⁵⁷; e a tentativa de identificar e destacar os argumentos motivadores da prisão preventiva com fundamento na ordem pública que mais explicitamente a deturpam, revelando-se como meio de antecipação da pena e de seletividade do sistema penal.

Outro parâmetro de recorte se referiu à escolha de decisões proferidas por magistrados de primeiro grau, pois são estas que, na maior parte dos casos e ainda que sejam reformadas posteriormente, afetam, de maneira direta e imediata, o direito de liberdade dos acusados presos em flagrante.

Assim, partindo desses quatro grupos argumentativos, a saber: a periculosidade do agente, a gravidade do crime, a contenção da prática de novos crimes e o acautelamento do meio social, foram efetivamente averiguadas seis decisões judiciais, sendo duas correspondentes aos dois primeiros tipos de argumento e uma para cada um dos demais.

Foram escolhidas duas decisões para o discurso jurídico-penal “periculosidade do agente” e duas para “gravidade do crime”, uma vez que são proporcionalmente os mais

⁵⁶ PATRICK MARIANO GOMES. Op. cit..

⁵⁷ Conforme Tabela 2.

recorrentes no STF (invocados em mais de 39% das vezes) e aparecem comumente de forma isolada, como argumento único.

Já quanto aos outros dois argumentos, “contenção da prática de novos crimes” e “acautelamento do meio social”, foi analisada, no mesmo tópico referente a ambos, uma decisão judicial para cada, pois as decisões mis comuns envolvem ambos os discursos de forma conjunta, conforme será adiante explicado.

A quantidade selecionada de seis decisões objetiva apenas ilustrar uma variedade razoável de aparições dos discursos selecionados, nos moldes dos critérios anteriormente estipulados.

A escolha das decisões também foi afetada pela identificação na unanimidade delas de defeitos quanto à demonstração da efetiva existência, no caso concreto, do requisito “garantia da ordem pública” (constante do artigo 312 do CPP) invocado pelos magistrados para decretação da prisão preventiva. Ademais, resta insuficientemente provada pelos julgadores a impossibilidade de se impor alguma medida cautelar menos gravosa do artigo 319 do CPP.

Nos tópicos doravante apresentados, analisa-se, a título de exemplo e respeitada a ordem decrescente de incidência dos discursos jurídico-penais no Supremo Tribunal Federal,⁵⁸ de que forma os juízes de primeiro grau do Distrito Federal justificam o conceito vago de ordem pública a basear a decretação da prisão preventiva.

3.4 Periculosidade do agente

Não obstante sua origem na escola positivista do início do século passado, a noção de periculosidade é, na atualidade, a principal justificativa para o encarceramento provisório, no país, sendo utilizada como discurso jurídico-penal em quase metade das decisões.⁵⁹

Preliminarmente, é salutar pontuar que, na generalidade dos casos em que a periculosidade do agente é mencionada pelos magistrados para justificar a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, ela está intimamente relacionada à própria gravidade em abstrato do delito em tese cometido.

Dessa maneira, o decreto cautelar, em vez de fundar-se em elementos fáticos, é totalmente estruturado a partir do seguinte ciclo vicioso: o juiz extrai a ilação de que o agente é perigoso com base na outra presunção anteriormente elaborada por ele da própria gravidade

⁵⁸ Conforme dados da tabela 1 de fonte de PATRICK MARIANO GOMES. Op. cit.

⁵⁹ Conforme dados colhidos por PATRICK MARIANO GOMES. Op. cit.

abstrata do crime. Em outras palavras, o raciocínio é de que o agente é perigoso (a ponto de ter de ficar preso antes da sentença condenatória) só porque incorreu no tipo penal descrito abstratamente na norma incriminadora.

A consequência perversa desse raciocínio de causas e consequências é que todos aqueles que cometem certos tipos de crimes que os magistrados consideram abstratamente graves se tornam, automaticamente, indivíduos perigosos para a sociedade. O pesquisador Patrick Mariano demonstrou em seu levantamento que a comparação periculosidade/crime está mais atrelada aos crimes contra a vida e ao de drogas.⁶⁰

Tal correlação entre a gravidade abstrata do delito e a periculosidade do agente é claramente perceptível da análise dos dois casos de decretação da prisão preventiva carreados, conforme será adiante explanado.

Na decisão proferida, nos autos do processo número 2014.05.1.009489-0 [Anexo], pelo fato de o crime supostamente imputado ao investigado (roubo majorado pelo emprego de arma) envolver abstratamente grave ameaça contra a pessoa, houve a presunção explícita e automática de periculosidade do agente por parte da juíza.

E para corroborar a tese de que pouco importam as circunstâncias concretas específicas do caso, a magistrada argumentou, ainda, que a gravidade da conduta do flagrado não pôde ser atenuada pela descoberta posterior de que a arma era um simulacro, e não arma de fogo. Também foi relevada a primariedade do autuado, o que leva à inconsistência do cabimento da prisão preventiva, ao passo que o juízo é capaz de identificar, na decisão, aspectos favoráveis ao réu⁶¹.

Já, nos autos do processo número 2014.08.1.005321-4 [Anexo], o julgador utilizou-se de argumentos bastante semelhantes aos acima elencados, pois igualmente presumiu a periculosidade do agente, com base no emprego de arma no crime de roubo e ignorou a primariedade do investigado.

Ao que consta da narrativa de ambos os casos em análise, em nenhum deles os magistrados apontaram que, de fato, a atuação dos agentes extrapolara a figura delitiva abstratamente prevista, de forma a ensejar o cárcere preventivo. De igual modo, não trouxeram eventuais evidências que indicassem com maior nitidez, por exemplo, que aquele agente

⁶⁰ PATRICK MARIANO GOMES. Op. cit. p. 129.

⁶¹ A jurisprudência entende que a primariedade os bons antecedentes de per se não asseguram imunidade à prisão preventiva, desde que outros fatores determinantes estejam presentes (o que não ocorreu na hipótese em tela). Veja-se, nesse sentido: HC 122409/SP (STF), Relator Ministro Luiz Fuz; RHC 48346/SP (STJ), Relator Ministra Laurita Vaz.

desenvolvera um *modus operandi* meticulosamente premeditado ou agira com crueldade extrema.

E, mesmo que concretamente a periculosidade dos agentes restasse demonstrada por aspectos concretos, não se deve olvidar da instrumentalidade da prisão preventiva, ou seja, esta existe com a finalidade de resguardar o processo penal e só se justifica na medida em que a grave conduta do agente se volte contra o processo em si.

Com efeito, em todas as hipóteses em que o conceito de ordem pública é associado à periculosidade do agente (recorrentemente pressuposta na gravidade abstrata do crime), o princípio constitucional da situação de inocência é flagrantemente violado, pois a decretação da prisão cautelar parte de idiossincrasias, conjecturas e estereotipações do julgador. O resultado é uma antecipação de culpabilidade.

Por fim, quanto à possibilidade de substituição da prisão por outras medidas cautelares substitutivas, os julgadores de pronto a descartam e fundamentam sua decisão de forma genérica e extremamente sucinta, apelando (novamente em um ciclo vicioso) para a própria necessidade da prisão.

3.5 Limitação à gravidade abstrata do delito

Na decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva proferida nos autos do processo 2014.01.1.113722-3 [Anexo], o juiz plantonista, ao analisar as condições de admissibilidade da custódia cautelar, limitou-se a alegar que o crime imputado ao agente – tráfico de drogas previsto nos moldes do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 – cominava abstratamente pena privativa de liberdade muito superior àquela mínima necessária para autorizar a prisão preventiva (artigo 313, I do CPP).

E, ao justificar o requisito caracterizador do *periculum libertatis* (*in casu*, o conceito de garantia da ordem pública), restringiu-se a descrever os próprios elementos constitutivos do delito – tráfico de drogas - e a destacar que esse crime era equiparado a hediondo. Completou afirmando que o efeito deletério das drogas na sociedade e as eventuais condutas lesivas que delas poderiam decorrer já autorizariam, por si sós, o enclausuramento provisório do suspeito.

De forma genérica, disse que as medidas cautelares alternativas ao cárcere do artigo 319 do CPP não se mostravam “suficientes e adequadas”. O juiz titular, na apreciação do pedido de revogação da prisão preventiva manteve a decisão anterior, por seus próprios fundamentos, sem tecer qualquer consideração mais específica sobre o caso.

Após análise crítica das decisões, conclui-se que bastaram aos magistrados, para a segregação cautelar do paciente, o simples fato de ele ter incorrido no tipo penal de tráfico de drogas e de esse crime ser equiparado a hediondo.

Não houve considerações quanto a quaisquer elementos concretos do fato sob análise, como, por exemplo, a primariedade do paciente e a ínfima quantidade de droga apreendida com ele. Para além da gravidade abstrata da conduta, inexistiram outras razões cautelares evidentes a ensejar a medida extrema e excepcional da prisão preventiva.

Por sua vez, nos autos do processo 2014.09.1.016665-9 [Anexo], o juiz foi ainda mais lacônico, haja vista que vinculou-se à explicitação de que, no crime em questão (roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas), a grave ameaça praticada em concurso de agentes e com simulacro de arma de fogo já era suficiente para justificar a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

Mais grave ainda é que, quanto ao mero descarte de substituição da prisão por outras medidas cautelares diversas, o juiz sequer embasou sua decisão, dizendo simplesmente que esta era incabível.

Ora, não obstante a instrumentalidade da prisão cautelar e o princípio constitucional da situação de inocência, o juiz entendeu provado o requisito do *periculum libertatis*, ainda que as circunstâncias fáticas descritas nos autos indicassem que as elementares do crime de roubo majorado pelo concurso de agentes não foram capazes de ultrapassar a gravidade do próprio tipo penal normativamente descrito, sobretudo porque não houve emprego de arma de fogo nem de violência contra a vítima. O juiz também ignorou as condições pessoais favoráveis do paciente (primário, com bons antecedentes e endereço fixo).

Nos dois casos analisados, os magistrados sustentaram deficientemente a garantia da ordem pública, seja porque se apegaram à mera incursão dos agentes nos tipos penais, seja porque não carregaram argumentos de que a gravidade fática dos crimes ultrapassara à inerente ao fato típico.

É firme a orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores,⁶² no sentido de que a magnitude ou a gravidade da infração só é válida para autorizar a *ultima ratio* da prisão preventiva quando decorre da gravidade concreta do comportamento do agente, e não de simples presunção legal, abstrata, algo que, se aceito, corresponderia a prisão preventiva obrigatória para certos tipos legais considerados graves.

⁶² Ver nesse sentido, por exemplo, HC 122068/MG (STF), Relator Ministro Roberto Barroso; HC 122355/SP (STF), Relator Ministro Roberto Barroso; HC 258773/AM (STJ), Relator Ministro Sebastião Reis Júnior; HC 284897/PB (STJ), Relatora Ministra Marilza Maynard.

Para reforçar a atual lógica, o STF e o STJ editaram súmulas⁶³ vedando a motivação limitada exclusivamente à gravidade abstrata dos delitos para imposição de regime inicial mais gravoso. Como exposto acima, a jurisprudência encaminha-se na mesma linha de raciocínio no que toca à prisão preventiva.

3.6 Contenção da prática de novos crimes e acautelamento do meio social

De acordo com os dados já apresentados, em 30% das decisões o argumento utilizado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal foi o de se evitar a prática de novos crimes.⁶⁴ Aqui, indubitavelmente, a lógica constitucional garantista da situação de inocência é invertida de forma evidente, eis que a prisão cautelar é motivada na suposição de que o agente voltará a delinquir.

Em relação à decretação da prisão preventiva nos autos da ação autuada sob o número 2014.01.1.132924-2 [Anexo], dois dos então indiciados tiveram a prisão em flagrante - efetuada em virtude dos delitos de furto qualificado, associação criminosa e corrupção de menores – convertida em preventiva para a garantia da ordem pública.

Embora o magistrado tenha reconhecido a primariedade de ambos, a custódia cautelar não foi elidida porque um dos agentes possuía histórico de atos infracionais e o outro respondia por fato análogo praticado no passado, mas sem sentença condenatória.

Do que se expôs da decisão, fica perceptível que, na praxe judicial, a imputação aos agentes da prática de fato criminoso até então sem condenação ou de ato infracional, ainda que subsista tecnicamente a primariedade, já autoriza, sob o pretexto de se evitar novos crimes, a medida extrema da segregação preventiva, se presente o *fumus comissi delicti*.

No entanto, em uma ótica garantista, não há como se conceber que o pressuposto do discurso jurídico-penal da contenção da prática de novos delitos seja fruto de um juízo futurístico do magistrado de que certa pessoa, reincidente ou não, voltará necessariamente a delinquir.

⁶³ Súmula 718/STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Súmula 440/STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

⁶⁴ Conforme dados colhidos por PATRICK MARIANO GOMES. Op. cit.

Quando o julgador decreta a prisão preventiva em face de fatos pretéritos atribuídos a um indivíduo, não somente lhe está antecipando eventual pena, mas também está lhe punindo novamente por fatos pregressos (que não necessariamente culminaram em condenação).

Conectado a essa justificativa para a prisão preventiva, outro mito discursivo empregado em cerca de 29,3% das decisões do Supremo Tribunal Federal⁶⁵ é o de acautelar o meio social. O que se constata da análise da maioria das decisões de primeira instância é que a suposição de que o agente voltará a delinquir reforça o anseio do julgador de acautelar o meio social.

Afinal, se o pressuposto é de que haverá a prática de novos crimes, por consequência, a sociedade estará desprotegida. Assim, segregando preventivamente o indivíduo, o magistrado, em sua própria concepção, estaria acautelando a sociedade na sua coletividade.

Ilustra essa tese a decisão de conversão da prisão em flagrante em preventiva dos autos número 2012.07.021564-8 [Anexo], expressamente calcada na intenção do juízo de realizar uma função que não lhe pertence: a de promover política pública de promoção da segurança na cidade de Taguatinga, que, segundo ele, encontrava-se assolada por crimes patrimoniais (o crime em enfoque é latrocínio).

Outrossim, é de suma relevância a conclusão de que a tentativa de pacificação do meio social pela magistrada com a prisão preventiva dos agentes foi fruto de sua convicção pessoal de que eles, se soltos, voltariam a praticar novamente delitos semelhantes na região.

Resta, então, a seguinte inquietação: é por meio da prisão de alguém ainda não condenado (efetuada pelo Poder Judiciário) que o Estado deve diligenciar sua função constitucional de garantia da segurança pública (dever, em tese, do Poder Executivo)? Ao que parece, isso é um atestado da própria ineficiência do Estado.

Atualmente, o entendimento tanto do STF quanto do STJ encaminha-se no sentido de ser possível a decretação da prisão preventiva com os objetivos de acautelar o meio social e de conter a reiteração delitiva.⁶⁶

Porém, ainda que se aceite tal posicionamento constitucionalmente duvidoso, para ambas as hipóteses, seria necessário que se demonstrassem especificidades do caso concreto que corroborassem as justificativas dadas, o que não ocorreu nas decisões analisadas.

Para CRUZ, quando as hipóteses aqui elencadas são invocadas, “tem-se bem evidenciado o propósito de usar a medida extrema para atingir objetivos que até poderiam ser

⁶⁵ Conforme dados colhidos por PATRICK MARIANO GOMES. Op. cit.

⁶⁶ Ver nesse sentido, por exemplo, HC 122820 AgR/PE (STF), Relator Ministro Roberto Barroso; HC 119476/RS (STF), Relator Ministro Ricardo Lewandowski; RHC 48545/RS (STJ), Relator Ministro Gilson Dipp; RHC 49562/MG (STJ), Relator Ministro Jorge Mussi.

tidos como legítimos desde que não se valesse o Estado do indivíduo como mero instrumento para suas políticas públicas”⁶⁷.

Por fim, no que se relaciona às medidas cautelares diversas da prisão, ambas as decisões restringem-se à generalidade e os julgadores invertem por completo a lógica descarcerizadora do Código de Processo Penal, haja vista que, antes de analisarem o cabimento das medidas substitutivas, já se decidiram pela prisão e, por conseguinte, excluíram as medidas do artigo 319, do CPP.

⁶⁷ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit., p. 210-211.

CAPÍTULO 4 – AS DISTORÇÕES DA PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

4.1 Criminologia crítica e seletividade do sistema penal

Um referencial teórico de suma importância para o estudo das consequências práticas do desvirtuamento da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública é a Criminologia Crítica.

Inicialmente, no Capítulo 1, optou-se por adotar o garantismo como referencial teórico das tutelas constitucionais penal e processual penal. No entanto, este mostrou-se insuficiente ante a inversão constitucional constatada na prática judicial. Em razão disso, complementa-se este estudo com os referenciais da Criminologia Crítica.

A Criminologia Positivista, cujo antecedente foi a Escola Liberal Clássica fundada nos parâmetros e garantias iluministas, inaugurou, no fim do século XIX, a moderna criminologia, assim entendida como disciplina autônoma.⁶⁸

Inspirada na filosofia e na psicologia do positivismo naturalista, a Criminologia Positivista possuía como objeto não propriamente o delito, considerado como conceito jurídico, mas a pessoa do criminoso, considerado como um indivíduo anômalo e, como tal, clinicamente observável.

Assim, os positivistas partiam de uma concepção ontológica do fenômeno criminal, em que este era colocado como dado pré-constituído à reação social e ao direito penal. Inseridos no paradigma etiológico, os criminólogos buscavam, basicamente, as causas da criminalidade.

Imbuída da constatação de que o paradigma criminológico positivista acabava por encobrir as injustiças do sistema penal, tendo em vista que, até então, o foco de atenção recaía sobre aqueles indivíduos criminosos já selecionados pelo sistema penal, a Criminologia Crítica, desenvolvida principalmente no decorrer da segunda metade do século XX, marca uma radical ruptura de paradigma.

O objeto da pesquisa criminológica passa a ser a reação social (*labeling approach*), no sentido de que a criminalidade, pensada como realidade social construída pelo sistema de

⁶⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2011. p. 29-32.

justiça criminal através de definições e da reação social, só pode ser compreendida caso a ação do próprio sistema penal o seja.

Nessa inteligência, o status social de criminoso possui íntima conexão com os critérios institucionais de seleção dos bens juridicamente protegidos, dos comportamentos violadores dessa proteção e de quem deve responder por tais transgressões.

Grande expoente da referida corrente, BARATTA aborda a irreversibilidade da crítica do *labeling approach* à ideologia tradicional e põe em xeque a ideologia legitimadora da Criminologia Positivista de que o direito penal protege a todos de forma equânime.

Segundo ele, a criminalidade não é o comportamento de uma minoria, mas da maioria dos cidadãos, eis que fruto de um status atribuído a determinados indivíduos por parte dos detentores do poder de criar e de aplicar a lei penal, mediante mecanismos de seleção.⁶⁹

Outrossim, o âmago da Criminologia Crítica revela suas dessemelhanças em relação à criminologia tradicional sob diversos ângulos: primeiro, desloca o enfoque teórico da pessoa do criminoso para as condições objetivas, estruturais e institucionais do desvio; segundo, altera o interesse cognoscitivo das causas (paradigma etiológico) para os mecanismos de criação e aplicação das definições de desvio (paradigma da reação social); terceiro, define criminalidade como status atribuído a certos sujeitos pela dupla seleção dos bens protegidos e dos indivíduos estigmatizados no processo de criminalização, o que configura, sob esse duplo aspecto, a desigualdade inerente ao direito penal.⁷⁰

Ainda no tocante à pretensa igualdade formal dos sujeitos de direito, é crucial relevar a negação radical proposta por BARATTA na direção de que, na realidade, o que se perpetua é uma desigualdade material no que tange às chances de os indivíduos serem definidos e controlados como criminosos.⁷¹

Mais especificamente, a constatação prática é de que o elevado grau de seletividade do sistema penal ocorre em todas as dimensões do processo de criminalização: a da produção de normas (definição do comportamento desviante: criminalização primária), a da aplicação de normas (processo penal: criminalização secundária) e a da execução de penas ou medidas de segurança (criminalização terciária).

⁶⁹ BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 112-113.

⁷⁰ BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 159-161.

⁷¹ Para tanto, BARATTA apresenta três proposições em que se resumem os resultados da crítica:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais e quando pune as ofensas a esses o faz desigual e fragmentariamente;
b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;
c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso independe da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei.

Integrado a esse cenário e de especial interesse no presente trabalho, o cárcere é visto como o ápice dos mencionados processos de marginalização, discriminação e estigmatização - todos ativados por estereótipos e preconceitos da polícia e da justiça, que dirigem, majoritariamente, a investigação e a repressão criminal para os estratos sociais inferiores, ampliando, portanto, a discriminação seletiva.⁷²

Esse “uso ideológico” da prisão torna-se bastante claro quando se constata que são, predominantemente, os indivíduos oriundos de classes menos favorecidas (muitas vezes excluídos do mercado de trabalho formal, sem instrução suficiente e sem consciência dos próprios direitos fundamentais) que estão encarcerados.

Diante dessa conjuntura de seletividade, BARATTA propõe que as teses da Criminologia Crítica possam fundamentar um programa de política criminal alternativa, compreendido como iniciativas para conter e reduzir a área de penalização e os efeitos de marginalização e divisão social.⁷³

O objetivo estratégico indicado pelo criminólogos seria a abolição do cárcere, dada sua inutilidade para controle da criminalidade ou reeducação/reinserção do condenado, e pelos efeitos de marginalização e opressão dos segmentos inferiorizados. Fases preliminares seriam a ampliação das medidas alternativas, dos regimes liberdade e semiliberdade, das formas de suspensão condicional da pena e a abertura do cárcere para a sociedade para reinserir o condenado no convívio social.⁷⁴

Todavia, não obstante a proposta da Criminologia Crítica de superação das correntes criminológicas fundadas no paradigma etiológico, deve-se ter em mente que este não se encontra superado, visto que tanto em parte da doutrina quanto na parcela predominante do sistema de justiça criminal e do senso comum ainda vige a compreensão do comportamento delitivo baseada na ideologia da defesa social – conjunto de postulados base do discurso repressivo dos sistemas penais, como os princípios da prevenção, do interesse social e da culpabilidade, que culminam na necessidade de se expurgar o “dano” causado pelos indivíduos desviantes.

Tendo em base as decisões judiciais examinadas e consoante expor-se-á nos próximos tópicos, permanece ainda muito arraigada na mentalidade dos juízes de primeira instância a falsa crença de que o direito penal deve identificar os indivíduos delinquentes e, o mais rápido possível, segregá-los do convívio social.

⁷² BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 183-186.

⁷³ BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 197-208.

⁷⁴ BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 200-205.

E, nos moldes do que fora mencionado no Capítulo 3, essa conduta se evidencia com bastante intensidade, por ocasião da decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, muito comumente justificada para coibir a reiteração delitiva e, como consequência, assegurar uma pretensa segurança da sociedade.

De igual modo, é esse mesmo afã punitivista (instigado pelo discurso social e midiático e efetivamente concretizado pela prática judiciária), expressão do ainda vigente paradigma da defesa social, que acarreta reflexamente a completa desvirtuação do caráter excepcional e cautelar da prisão preventiva para que esta seja instrumento – ainda que latente – de antecipação da pena. Doravante, é isso que tentar-se-á ilustrar.

Pontuados esses registros, passa-se a tratar da crítica mais específica da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, levando em conta a análise das decisões judiciais de primeira instância no Distrito Federal, realizada no capítulo predecessor.

Mais especificamente, nos tópicos seguintes, tentar-se-á identificar, nos exemplos coletados na análise empírica, aspectos dos discursos jurídico-penais das decisões judiciais selecionadas que se revelam como instrumentos de antecipação da pena e de seletividade do sistema penal articulada no primeiro grau de jurisdição.

4.2 O conceito de garantia da ordem pública como instrumento de seletividade do sistema penal

Alicerçadas no referencial teórico da Criminologia Crítica, as análises das decisões judiciais de decretação da prisão preventiva realizadas neste trabalho demonstram que é nos níveis mais baixos da escala social onde há a maior probabilidade de se selecionarem os indivíduos que comporão a assim rotulada “população criminosa”. A relação entre a exclusão econômica e a punição que incide sobre os considerados criminosos perigosos é evidente e inquestionável.

Cita-se, nesse sentido, pesquisa realizada por Fabiana Costa Oliveira Barreto no programa de mestrado da Universidade de Brasília, a partir de dados coletados na justiça criminal de cinco capitais brasileiras, entres os anos de 2000 e 2004.

A pesquisadora verificou que o tempo de prisão dos acusados autuados por crime de furto varia de acordo como a escolaridade dos réus: os que tinham até o ensino fundamental ficavam por um período mais longo no cárcere do que os que cursaram ensino médio ou superior.

Outro importante fato levantado por ela, a corroborar a constatação da Criminologia Crítica de que os selecionados pelo sistema penal são os indivíduos mais pobres, indica que os réus que constituíram advogado particular saíram mais cedo da prisão se comparados aos que foram patrocinados pela defesa pública.⁷⁵

Em âmbito mundial, estudo do comitê da ONU para eliminação da discriminação racial expressou preocupação sobre o perfil das pessoas submetidas à prisão preventiva, composto, em larga escala, por estrangeiros e por pessoas pertencentes a certos grupos raciais ou étnicos, em particular pessoas sem cidadania – entre eles imigrantes, refugiados, pessoas que buscam asilo e apátridas, ciganos, indígenas, pessoas discriminadas por sua ascendência, e outros grupos vulneráveis (por exemplo, mulheres pertencentes a grupos minoritários) que estão particularmente expostos à exclusão, marginalização e não integração na sociedade.⁷⁶

Sob o prisma oposto da escala social, CASTILHO aponta que a impunidade dos comportamentos – com enfoque dos crimes “de colarinho branco” - acaba por reafirmar que o sistema penal continua a ser desigual e não incide nos autores de classes detentoras do poder político ou econômico.⁷⁷

A seletividade do sistema punitivo também pode ser apontada pelo o que CRUZ sustenta ser a maior preocupação do legislador em blindar certas esferas de liberdade mais comumente afetadas na obtenção de provas relacionadas à criminalidade praticada pelas camadas sociais economicamente melhor aquinhoadas.⁷⁸

É o caso, a saber, das exigências para a quebra de sigilo das comunicações telefônicas e do sigilo bancário e fiscal, a revelar, na concepção de FLACH, “um zelo do legislador com a ideia da subsidiariedade da medida cautelar nem sempre percebido quando se cuida de analisar, em hipótese de criminalidade comum, pedidos de prisão preventiva”.⁷⁹

Essa é a percepção generalizada de que, no âmbito criminológico, à revelia do discurso dogmático-teórico e da teleologia normativa, a prisão preventiva é a regra para os selecionados pelo sistema penal.

⁷⁵ BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto**: da presunção de inocência à antecipação de pena. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

⁷⁶ SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: IBCCrim/RT, n. 86, p. 289-335, set./out., 2010. p. 324

⁷⁷ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico. In: **Verso e reverso do controle penal** – (Des) Aprisionando a sociedade da cultura punitivista. Org. Vera Pereira de Andrade, vol. 1. Florianópolis: Boiteux, 2002. p. 68.

⁷⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit, p. 26-27.

⁷⁹ FLACH apud CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit, p. 26-27.

Tal fato se deve, primeiramente, à existência de estereótipos criminais disseminados na sociedade brasileira que convergem na orientação de que o “delinquente típico” é aquele pertencente às classes sociais mais baixas e de que os “crimes típicos,” que devem ser punidos de forma mais enérgica (a motivar a prisão cautelar), são, principalmente, comportamentos próprios desses segmentos sociais (como os crimes patrimoniais e os de tráfico de drogas de pequena monta).

Prova disso é que, nos casos antes examinados, os crimes que ensejaram a prisão preventiva (roubo, tráfico de drogas de pequena escala e furto) são - não por mera coincidência - justamente os enquadrados socialmente como os “crimes típicos” praticados pelos “delinquentes típicos”.

Se isso se opera no plano da criminalização secundária, não é outro o cenário no plano da criminalização primária, momento no qual é gestado esse diferente tratamento conferido pelo legislador aos crimes de rua (*street crimes*) – é dizer, crimes patrimoniais em geral – em relação aos crimes de colarinho branco (*white-collar crimes*) – por exemplo, crimes de sonegação fiscal, corrupção, etc.

Reporta-se a BARATTA para pontuar que um outro aspecto que explica a seleção dos indivíduos de estratos inferiores da população é - como ficou bastante explícito nas decisões judiciais ora objeto de estudo – a vigência de insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado por parte do juiz, não só pela ação de estereótipos e preconceitos, mas também das denominadas “teorias de todos os dias” que o juiz tende a aplicar na reconstrução da verdade judicial.⁸⁰

O renomado professor afirma que:

Pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emocional e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa) quanto ao caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado) e, pois, à individualização e à mensuração da pena destes pontos de vista.⁸¹

⁸⁰ BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 177.

⁸¹ BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 177.

Esse ponto colocado pelo autor é elementar para o caso da prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública, porquanto os discursivos jurídico-penais que majoritariamente a legitimam (periculosidade do agente, gravidade do crime, contenção da prática de novos crimes e acautelamento do meio social) são, quase que exclusivamente, consequências dos referidos juízos de valores dos julgadores.

Especial destaque merece a questão do juízo antecipado de culpabilidade do agente por parte do juiz que, consoante ilustram as decisões em comento, acaba por resultar no já criticado exercício de futurologia judicial tendente ao entendimento de que o acusado deve ser encarcerado preventivamente, pois sua liberdade propiciaria, direta e necessariamente, a reiteração delitiva.

Mormente no discurso jurídico-penal do risco de cometimento de novos delitos transparece essa particular expectativa de criminalidade que dirige a atenção das instâncias oficiais especialmente sobre certas zonas sociais já marginalizadas.

Com efeito, os estereótipos e preconceitos trazidos pelo juiz – ainda que de forma inconsciente -, no momento da apreciação do cabimento da prisão preventiva, levam-no a fundamentar essa medida cautelar extrema, essencialmente, com base nos discursos jurídico-penais fomentadores da seletividade do sistema penal.

É certo que, se por um lado, os discursos jurídico-penais que fundamentam majoritariamente o conceito vago de garantia da ordem pública (inclusive nas decisões previamente exploradas) nada mais são do que instrumentos de concretização da criminalização secundária (aquela gestada na fase do processo penal, de aplicação de normas), por outro lado, os juízes representam a instância oficial que operacionaliza a citada criminalização pelo manejo do poder coercitivo estatal.

BARATTA descreve de forma precisa que esses estereótipos e preconceitos que guiam a ação dos órgãos de investigação e judicantes são difundidos por meio de um *second code*, ou seja, um código de conduta informal e paralelo que regula a atuação dos operadores do sistema punitivo.⁸²

Portanto, a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva rompe com a rigidez tipificadora da dogmática jurídica e, ao mesmo tempo, revela-se como o instrumento mais facilmente manejável (pois de maior abstração e, por isso, de maior abrangência) pelos aplicadores da lei penal para criminalizar as condutas dos indivíduos que o poder político punitivo assim determina e opta por selecionar.

⁸² BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 179.

A completar esse arcabouço, os discursos jurídico-penais majoritariamente utilizados nas decisões judiciais de primeira instância desvelam-se como “fórmulas” argumentativas genéricas de conteúdo maleável a diferentes casos concretos às quais os juízes recorrem para justificar a prisão preventiva, mesmo quando a cautelaridade da medida não está presente, seja pela ausência dos requisitos impostos pelo artigo 312 do CPP, seja pela não incidência das hipótese legais de cabimento.

E, para não encarcerar indivíduos inocentes (por força do princípio constitucional do estado de inocência) sem motivação aparente, restou aos julgadores, como única saída argumentativa, o apelo às referidas “fórmulas genéricas” (periculosidade do agente, gravidade abstrata do crime, risco de reiteração delitiva e acautelamento do meio social) baseadas, quase que exclusivamente, em juízo antecipado de culpabilidade.

Dessa maneira, vale até mesmo justificar a prisão preventiva na própria gravidade abstrata inerente ao tipo penal em que o indivíduo supostamente incorreu. Afinal, ao que parecem indicar as decisões de decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública, os juízes creem que o uso (ainda que tautológico e insuficiente) dos criticados discursos jurídico-penais já satisfaria, por si só, a exigência constitucional do artigo 93, IX, da Constituição Federal.⁸³

No entanto, contrariando a teleologia constitucional, as motivações judiciais, na maioria das decisões de decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, são *pro forma* e despidas de elementos fáticos específicos a justificar a imposição da medida e, principalmente, a afastar a viabilidade das medidas cautelares diversas da prisão do artigo 319 do CPP, que, atualmente, são a regra do sistema processual penal.

Lamentavelmente, não obstante a roupagem jurídica, não raras são as vezes em que a imparcialidade do julgador - ativada por estereótipos, ideologias e crenças pessoais - configura-se como o elemento vetor da decisão de privação da liberdade de outro indivíduo de forma antecipada.

Por conseguinte, na linha do que sustenta KATO, a real função - dissimulada - da prisão preventiva para garantia da ordem pública não é a de assegurar a eficácia processual da prestação jurisdicional, como aparenta ser dentro da sistemática jurídica, mas tão somente a de assegurar o controle social-finalístico exercido pelo direito penal. Para a citada professora, veladamente, a prisão preventiva passou a integrar ideologia da punição, promovendo o

⁸³ Trata-se, no caso, da exigência de motivação idônea das decisões judiciais.

controle social presente no encarceramento do excluído que proporciona à sociedade, através da ilusória eficácia punitiva, um aparente sistema de segurança.⁸⁴

À toda evidência não é constitucional e legalmente viável sustentar qualquer prisão simplesmente porque o réu cometeu um crime violento ou porque possui maus antecedentes penais. Vale mencionar a lembrança de CRUZ de que “justiça penal não se faz por atacado e sim artesanalmente, examinando-se atentamente cada caso para dele extraírem-se todas as suas especificidades, a torna-lo singular e, portanto, a merecer providencia adequada e necessária.”⁸⁵

Em suma, a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública é imposta de forma desigual pelos magistrados de primeiro grau, evidenciando-se um proeminente mecanismo de seleção. Por ser pena detentiva, seus efeitos no criminalizado são altamente estigmatizantes – de drástica redução de status social - e, em razão disso, ela é um instrumento de reprodução das desigualdades do direito penal.

Com essa conclusão, é factível admitir que o conceito de ordem pública tem a função velada de contribuir para o controle social do réu excluído da produção social e econômica, preservando a repressão e, conseqüentemente, a manutenção de uma ordem desigual e injusta.

4.3 A prisão preventiva para garantia da ordem pública como forma de antecipação da pena

Conforme visto no Capítulo 2, a prisão preventiva, como espécie de prisão provisória, é medida excepcional, de caráter cautelar e instrumental, não devendo em qualquer hipótese possuir caráter de sanção penal. Prevalece nos ordenamentos processuais modernos, bem como em tratados internacionais a concepção de que a prisão processual só é cabível a fim de se evitar a interferência indevida do acusado no curso da investigação ou em caso de risco evidente de fuga e conseqüente inviabilização de eventual aplicação de sanção criminal.

Destarte, a prisão preventiva justificada pela periculosidade do agente, gravidade abstrata do delito, receio de reiteração delitiva ou intenção de salvaguardar a sociedade é, para dizer o mínimo, controvertida – e, em uma leitura pautada pela finalidade garantista do processo (*ver I.I*), inadmissível.

Fora isso, em matéria de restrição de liberdades e garantias individuais, há sempre que se mencionar o princípio do estado de inocência inscrito no artigo 5º, LVII, da Constituição,

⁸⁴ KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. Op. cit., p. 1-2.

⁸⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit, p. 215.

que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (*ver* 1.2).

A decorrência lógica desse princípio é: não pode ser punido quem não pode ser considerado culpado. Por isso, a prisão provisória, em hipótese, alguma, pode prestar-se a punir o ato supostamente cometido.

No entanto, a apreciação das decisões judiciais proferidas por juízes de primeira instância no Distrito Federal sugere uma realidade destoante, já que, salvo as definições técnico-jurídicas, prisão preventiva – sobretudo a fundada na garantia da ordem pública – e pena pouco diferem em aspectos práticos. Tanto é que que, em termos de consequências reais, ambas representam uma restrição total à liberdade da pessoa.

Dessa maneira, SANGUINÉ observa que a prisão preventiva – por ser espécie de prisão provisória - é tão estigmatizante como a própria pena privativa de liberdade, o que a transforma em uma medida mais severa se o imputado for inocente.⁸⁶

Reproduz-se o pensamento de LOPES JR., ao referir-se à existência de penas processuais:

Essa grave degeneração do processo permite que se fale em verdadeiras penas processuais, pois confrontam violentamente com o caráter e a função instrumental do processo, configurando uma verdadeira patologia judicial, na qual o processo penal é utilizado como uma punição antecipada, instrumento de perseguição política, intimidação policial, gerador de estigmatização social, inclusive com um degenerado fim de prevenção geral. Exemplo inegável nos oferecem as prisões cautelares, verdadeiras penas antecipadas, com um marcado caráter dissuasório e de retribuição imediata.⁸⁷

A realidade criminal brasileira mostra de forma clara a função da prisão preventiva como antecipação da pena, ao adotar-se o critério da ordem pública como fundamento (em especial, ao vincular-se a fundamentação judicial aos discursos jurídico-penais elencados no presente trabalho), com flagrante violação ao princípio da situação de inocência, portanto, como medida punitiva e de preservação da defesa social.

⁸⁶ SANGUINÉ, Odone. Op. cit., p. 301

⁸⁷ LOPES JR. apud KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. Op. cit., p. 97.

Grande parte da doutrina mantém-se resistente à prisão preventiva fundada na ordem pública, tendo em vista a dificuldade de se justificá-la ante a teoria da cautelaridade. A percepção é de que, na prática, a opção pela prisão preventiva fundada na ordem pública é uma verdadeira medida de segurança, com punição antecipada com base em juízo de culpabilidade já formado.

Ainda sobre o tema, é pertinente a observação de que a garantia da ordem econômica como fundamento da prisão preventiva também é tida pela crítica como evidente meio de antecipação da pena, considerando sua finalidade meramente substancial, de proteção ao direito material, e não ao processo em si.

KATO, ao discorrer sobre a questão, salienta que as medidas cautelares (e, portanto, a prisão preventiva) devem “garantir a legitimidade da imposição da pena, e não o cumprimento desta, assegurando, portanto, o fundamento do processo como instrumento de garantias dos direitos fundamentais.”⁸⁸

Pensada nessa lógica, para ela, a única hipótese em que a prisão preventiva é de natureza eminentemente cautelar – e, portanto, não antecipa eventual pena – é a justificada na conveniência da instrução criminal, pois para garantir uma das fases do devido processo legal.⁸⁹

Em visão menos radical, CRUZ, por sua vez, identifica a cautelaridade da prisão preventiva tanto na hipótese supramencionada, quanto na possibilidade de sua decretação pra aplicação da lei penal.⁹⁰

É semelhante a opinião de OLIVEIRA, para o qual as prisões preventivas por conveniência da instrução criminal e também para aplicar a lei penal são evidentemente instrumentais, porquanto se dirigem diretamente à tutela do processo, funcionando como medida cautelar para garantia da efetividade do processo principal (a ação penal).⁹¹

Nessa ordem de ideias, não obstante pequenas divergências entre os autores com relação às hipóteses verdadeiramente cautelares, há quase um consenso no sentido de que a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública e da ordem econômica (independentemente dos discursos jurídico-penais utilizados pelo magistrado para motivá-la) é meio de antecipação da pena, porquanto ausente sua natureza cautelar. Com efeito, inexiste, nesse caso, a imperiosa demonstração da compatibilidade da prisão preventiva com a presunção de inocência.

⁸⁸ KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. Op. cit., p. 96.

⁸⁹ KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. Op. cit., p. 122.

⁹⁰ CRUZ, Rogério Schietti Machado. Op. cit., p. 202.

⁹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 561.

Assim, visualiza-se a punição antecipada toda vez que a liberdade do indivíduo é restringida sem o transcurso completo do devido processo legal com alicerce jurídico intimamente vinculado a questões de direito material (juízo de culpabilidade formado previamente), e não propriamente à assecuração do regular processo penal, ao fim do qual, só então, poderá ser aplicada eventual medida punitiva.

SANGUINÉ vai além e ressalta que o uso indiscriminado da prisão preventiva – das prisões provisórias em geral – amplia as “funções latentes negativas” dessa medida, entre elas destaca-se a de prejulgamento:

Assim, além da vitimação primária (em função das primeiras consequências do delito) e secundária (que resulta de suas relações com o sistema penal), o acusado sofre uma vitimação terciária, ao transformar-se em um vítima institucional, no momento em que a prisão provisória converte-se, em realidade, em uma condenação antecipada, uma verdadeira pena de privação de liberdade, que prejulga, em certa medida, o veredicto final de um processo já viciado na origem pela limitação das possibilidades de defesa do imputado, o que dificulta – se permanecer muito tempo em situação de preso preventivo – sua absolvição.⁹²

A realidade criminal brasileira mostra de forma clara a função da prisão preventiva como antecipação da pena, ao adotar-se o critério da ordem pública como fundamento (em especial, ao vincular-se a fundamentação judicial aos discursos jurídico-penais elencados no presente trabalho), com flagrante violação ao princípio da situação de inocência, portanto, como medida punitiva e de preservação da defesa social.

O desfecho dos apontamentos reunidos vai ao encontro das consequências da prisão preventiva pertinentemente expostas por SANGUINÉ (ressalta-se que, na prisão preventiva para garantia da ordem pública, os efeitos adversos da prisão provisória são ainda mais explícitos, haja vista que nem para acautelar o processo ela se presta):

Não obstante as solenes declarações de princípios expressos nas legislações, a exclusão do tratamento penitenciário para os presos preventivos devido à presunção de inocência, que impede qualquer trabalho de ressocialização que possa implicar um pré-julgamento, e as mínimas

⁹² SANGUINÉ, Odone. Op. cit., p. 296

diferenças existentes entre o regime dos apenados e presos preventivos fazem com que a prisão provisória seja, na prática, e em atenção à sua forma de cumprimento, uma verdadeira “pena antecipada”, com o risco adicional da possibilidade de uma futura sentença absolutória e, inclusive, a ameaça de que se chegue a ser mais grave que a própria pena privativa de liberdade, já que tem todos os inconvenientes desta e nenhuma de suas vantagens. Assim, o regime dos presos preventivos é muito similar e de maior gravidade que o dos apenados.⁹³

⁹³ SANGUINÉ, Odone. Op. cit., p. 303

CONCLUSÃO

No esteio da ótica garantista - cujo pressuposto é de que a função dos direitos penal e processual penal é a de, sobretudo, promover a limitação do poder punitivo estatal e, assim, assegurar a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos - a presente pesquisa teve como propósito analisar o desvirtuamento ocorrido com a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública.

Inicialmente, efetuou-se pesquisa bibliográfica a respeito do instituto da prisão provisória, com enfoque na modalidade prisão preventiva e, em uma segunda fase, foram analisadas decisões judiciais de decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública proferidas por magistrados de primeira instância no Distrito Federal. Por fim, tendo em vista a disparidade atestada entre a finalidade teórica da prisão preventiva e os fins a que tem servido na prática judicial, recorreu-se ao referencial teórico da Criminologia Crítica a fim de tentar elucidar os problemas empiricamente percebidos.

Conclui-se que, inspiradas pela lógica de intervenção mínima do garantismo, sucessivas reformas no sistema das medidas cautelares no processo penal pátrio ocorreram, com destaque para a empreendida pela Lei nº 12.403/2011, cujo caráter foi evidentemente descarcerizador.

No entanto, não obstante essas alterações, os dados empíricos e a constatação da prática judicial expuseram que a prisão, medida de *ultima ratio* que implica a restrição absoluta do direito fundamental de liberdade ambulatorial, permanece como recurso recorrentemente utilizado no sistema de justiça brasileiro.

Como parte desse contexto, enfatizou-se a utilização ampla e indiscriminada da prisão provisória, medida que, embora de aplicação excepcional, porquanto sua natureza estritamente cautelar, era a modalidade aplicada, ao fim de 2012, a 35,6% do total da população carcerária brasileira. É evidente, pois, que a prática da prisão provisória não corresponde às características de excepcionalidade e provisoriedade estabelecidas pelo Direito.

À luz dos princípios constitucionais garantistas da presunção de inocência e do devido processo legal restou evidente que há, na prática judiciária brasileira, um desvirtuamento do sistema cautelar penal, em especial no que toca à prisão cautelar na sua modalidade prisão preventiva, a qual, incontáveis vezes, é decretada com base em discursos jurídico-penais incompatíveis com a lógica do sistema processual penal como um todo.

Destacou-se, nesse cenário, a banalização do emprego por parte dos magistrados de discursos jurídico-penais genéricos despidos de motivação idônea e individualizada que se prestam a fundamentar, a partir da (inconstitucional) lacuna terminológica de ordem pública e econômica, uma das hipóteses legais de prisão preventiva.

Sobre o conceito vago e impreciso de ordem pública, cabe aqui reproduzir a oportuna observação de Patrick Mariano: “a miríade argumentativa que o conceito permite para tentar conferir uma racionalidade ao discurso jurídico-penal possibilita o arbítrio estatal na supressão da liberdade dos indivíduos”.⁹⁴

Acredita-se ter sido claramente ratificado pela análise das decisões proferidas por magistrados de primeira instância do Distrito Federal o que fora concluído na pesquisa conduzida pelo supramencionado pesquisador, no âmbito do programa de mestrado da Universidade de Brasília, a saber: os julgadores, ao analisarem prisões preventivas para garantia da ordem pública, decidem não com base em fatos concretos, mas sim com base em estereótipos, conjecturas e idiosincrasias⁹⁵, o que acaba por desvirtuar por completo a finalidade cautelar do instituto.

Levando tudo isso em consideração, a presente pesquisa indicou que os quatro discursos jurídico-penais proporcionalmente mais utilizados pelos magistrados de primeiro grau para justificar a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública - periculosidade do agente, gravidade do crime, contenção da prática de novos crime e acautelamento do meio social - nada mais são que instrumentos de antecipação da pena e de seletividade do sistema penal.

De modo geral, as justificativas empregadas pelos juízes nas decisões selecionadas, além de pressuporem um juízo de antecipação de culpabilidade (tal como a periculosidade do agente) e de desconsiderarem quaisquer elementos fáticos específicos ao caso concreto (como a gravidade abstrata do delito), se afastam das atribuições típicas do Poder Judiciário (caso da promoção de políticas públicas, sob o argumento do acautelamento do meio social ou da contenção da prática de novos crimes).

Diante da análise empírica realizada, tudo leva a crer que as indigitadas motivações, conquanto exista o discurso oficial de sua suposta utilidade ao processo, não representam de forma alguma instrumentos a serviço do processo penal, se considerada a função latente de exercício do poder punitivo estatal antes mesmo da condenação definitiva.

⁹⁴ PATRICK MARIANO GOMES. Op. cit., p. 133.

⁹⁵ PATRICK MARIANO GOMES. Op. cit., p. 131-134.

Consequentemente, institucionaliza-se uma prática inconstitucional e antidemocrática de punir sem culpa formada, o que explica a significativa proporção de presos provisórios do sistema penitenciário nacional.

Como observado brevemente, as concepções da Criminologia Crítica são assaz pertinentes a este trabalho, na medida em que descortinam o lado até então oculto do processo de criminalização para revelar que este representa uma realidade construída pelo sistema de justiça. Nessa linha, SANGUINÉ observa que:

Ao que parece, os fatores demográficos e sociológicos projetam uma série de estereótipos que se introduzirão normativamente na regulação dos requisitos para decretar ou denegar a prisão provisória, como os antecedentes a periculosidade, o status de desempregado etc., que vão influenciar a praxe das agências de controle social (Polícia, Promotores e Juízes), guiados pelas “teorias de todos os dias”, de maneira que atuem seletivamente segundo a classe a que pertence o imputado ou seu papel social e, por sua vez, influenciando, juntamente com a opinião pública e os meios de comunicação, as decisões dos juízes e tribunais. Portanto, a prisão provisória envolve uma questão de classe social, porque o sistema jurídico a utiliza como um meio de gestão da indigência, recaindo com mais frequência sobre as pessoas de baixo status social.⁹⁶

Diante do exposto, as decisões analisadas escancaram que, lamentavelmente, para se alcançar os sistemas penal e processual penal que sejam verdadeira e concomitantemente constitucionais, garantistas e democráticos, ainda há que se transpor uma barreira imensa que separa a teoria de um direito penal mínimo com respeito às garantias e liberdades individuais e a mentalidade inquisitória, preconceituosa e punitivista dos atores jurídicos.

Até lá, perdura a desventurada situação de grande parcela da população de selecionados e excluídos pelo sistema repressor do Estado operacionalizado pelos parcos favorecidos detentores do poder político e econômico.

⁹⁶ SANGUINÉ, Odone. Op. cit., p. 323

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gabriel Bertan de. Afinal, quando é possível a decretação de prisão preventiva para a garantia da ordem pública. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: IBCCrim/RT, n. 44, p. 71-85, jul./set. 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2011.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. **Flagrante e prisão provisória em casos de furto**: da presunção de inocência à antecipação de pena. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico. In: **Verso e reverso do controle penal** – (Des) Aprisionando a sociedade da cultura punitivista. Org. Vera Pereira de Andrade, vol. 1. Florianópolis: Boiteux, 2002. p. 68.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Presunção de inocência e prisão processual na Lei 12.403/ de 2011. In: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta

Neves (Orgs.). **Direito Constitucional Contemporâneo – Homenagem ao professor Michel Temer**. São Paulo: Quatier Latin, 2012. v. I

KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (des)razão da prisão provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana. **Prisão Temporária** – Análise e perspectivas de uma releitura garantista da Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v. 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **InfoPen – Estatística**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID2627128ED69E45C68198CAE6815E88D0PTBRIE.htm>>. Acesso em 25/09/2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**: de acordo com a Lei 12.403/2011. 3. ed. rev. São Paulo: Editora RT, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Regimes constitucionais de liberdade provisória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

PATRICK MARIANO GOMES. **Discursos sobre a ordem**: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória – Comentários aos artigos 311 – 318 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: **Medidas cautelares no processo penal: Prisões e suas alternativas**. Og Fernandes (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: IBCCrim/RT, n. 86, p. 289-335, set./out., 2010.

ANEXOS – DECISÕES ANALISADAS

Circunscrição :5 - PLANALTINA

Processo :2014.05.1.009489-0

Vara : 301 - PRIMEIRA VARA CRIMINAL DE PLANALTINA

DECISÃO

IP nº 823/2014 - 16ª DP

Autuado: AGNALDO BISPO LOPES

Data de nascimento: 07/12/1991

Filiação: Faustino Lopes de Abreu e Domingas Bispo Lopes

Incidência Penal: art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal

Trata-se de comunicado de prisão em flagrante de AGNALDO BISPO LOPES, autuado pela prática, em tese, do crime de roubo majorado pelo emprego de arma.

Inicialmente, destaco que o Auto de Prisão em Flagrante atende aos requisitos legais e constitucionais, estando formal e materialmente em ordem, não sendo, pois, o caso de relaxamento da prisão.

Quanto à possibilidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva, diante das inovações impostas pela Lei nº 12.403/11, tal só ocorrerá quando, cumulativamente, estiverem presentes: 1) indícios de autoria e prova da materialidade do crime; 2) uma das hipóteses do art. 313 do CPP (se tratar de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; ser o autuado reincidente; quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher; ou quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa); 3) os requisitos do art. 312 do CPP (garantia da ordem pública, garantia da aplicação da lei penal ou por conveniência da instrução criminal).

Na hipótese em exame, a materialidade delitiva está evidenciada através do auto de apresentação e apreensão, havendo fortes indícios de autoria, segundo consta das declarações prestadas na Delegacia.

O crime em questão é na modalidade dolosa e a pena cominada excede quatro anos.

Em relação aos requisitos do art. 312 do CPP, destaque-se, inicialmente, que a conduta imputada ao flagrado é daquelas que envolvem grave ameaça contra a pessoa, tendo a conduta delitiva, em tese, sido praticada no interior de comércio, o que demonstra a periculosidade do flagrado e a gravidade concreta de sua suposta conduta delitiva conduta.

Segundo relatou a vítima, o flagrado ingressou no interior de uma farmácia e, portando arma de fogo, anunciou assalto, tendo saqueado o dinheiro do caixa do estabelecimento.

É bem verdade que, posteriormente, descobriu que o flagrado fazia uso de um simulacro, e não arma de fogo, porém, isso não atenua a gravidade concreta de seu comportamento, pois, naquele momento, a vítima se sentiu atemorizada, tanto que atendeu ao comando do assaltante e entregou o dinheiro do estabelecimento.

Frise-se que crimes desta espécie, praticados mediante grave ameaça contra a pessoa, afetam sobremaneira a paz social e atormentam a população, desestabilizando a ordem pública.

Registro que, embora o autuado seja tecnicamente primário, ele possui uma condenação recente, em 24/3/2014, nesta mesma Circunscrição Judiciária, pelo crime de roubo, majorado pelo emprego de arma e concurso de pessoas - estando o processo em grau recursal -, além de responder uma outra ação penal, igualmente por roubo, o que demonstra sua propensão para práticas delitivas.

Em face dessas circunstâncias, entendo que as medidas cautelares diversas da prisão não se mostram adequadas ou proporcionais ao presente caso, devendo o Poder Judiciário adotar uma medida enérgica e eficaz, visando restaurar a paz social da população local e assegurar a própria credibilidade da justiça, pois, do contrário, o flagrado continuará encontrando estímulos para práticas delitivas, apostando na impunidade de seus atos.

Posto isso, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE de AGNALDO BISPO LOPES em PRISÃO PREVENTIVA, nos termos do art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, o que faço visando assegurar a ordem pública.

Concedo à presente decisão força de mandado de prisão.

Intime-se.

Planaltina - DF, segunda-feira, 25/08/2014 às 15h24.

Circunscrição : 8 – PARANOIA
Processo : 2014.08.1.005321-4
Vara : 302 - SEGUNDA VARA CRIMINAL DO PARANOIA

Processo : 2014.08.1.005321-4
Classe : Inquérito Policial
Assunto : Roubo Majorado
Nº do Inquérito : 8342014
Origem : PCDF POLICIA CIVIL DO DF
Indiciado : JOSIMAR DA SILVA

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Trata-se Auto de Prisão em Flagrante no qual foi autuado em flagrante JOSIMAR DA SILVA, qualificado nos autos, preso no dia 19 de agosto de 2014, em decorrência da prática, em tese, do crime tipificado no art. 157, §2º, Inc. I c/c art. 14, Inc. II, ambos do Código Penal. É o breve relatório. Decido.

Pela redação do artigo 310 do CPP, o Juiz, ao receber a comunicação da prisão em flagrante, deve proceder às seguintes decisões excludentes: a) relaxar a prisão, se ilegal o flagrante; b) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

No caso, não cabe o relaxamento da prisão em flagrante, porquanto o fato se amolda ao estado de flagrância dos artigos 5º, incisos XLIX, LXI, LXII, LXIII e LXIV, da Constituição Federal, e 301 e 302, ambos do CPP.

Não cabem liberdade provisória e nem medidas cautelares diversas da prisão, mas a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, porque presentes os pressupostos dos artigos 311 a 313 do CPP.

Noticiam os autos que no 19.08.2014, por volta de 12h, na região do Altiplano Leste, Quadra 2, Via Pública do Paranoá-DF, as vítimas V.B.S e M.C.A.S. conversavam, quando o indiciado chegou apontando uma faca e anunciando o assalto. As vítimas, então, empreenderam fuga cada uma para um lado, sendo que o indiciado seguiu a vítima M.C.A.S tendo a alcançado e traçado luta com a mesma, tendo-a atingido com a faca, apesar de não conseguir roubar objeto algum. Policiais Militares que faziam ronda na região foram avisados por populares que um homem estava correndo com uma faca. Foram ao local indicado e lograram êxito em prender o indiciado, o qual foi reconhecido por ambas as vítimas.

Diante deste panorama fático, as medidas cautelares diversas da prisão não se mostram adequadas e suficientes ao caso dos autos, pois o crime descrito neste feito é grave e apresenta alta repercussão na sociedade local. Isso indica que as medidas cautelares diversas da prisão, no caso, não são suficientes a resguardar a aplicação da lei penal, a investigação e a instrução criminal, e nem tampouco a evitar a prática de novas infrações penais.

Por outro lado, presentes os requisitos da prisão preventiva elencados nos artigos 312 e 313 do CPP.

O caderno informativo revela indícios de autoria e prova da materialidade do delito, conforme documentos de f. 2-7. Outrossim, observa-se pelos fatos acima relatados que, num juízo de cognição estrita, o autor do fato, em liberdade, fragiliza a paz social e representa risco à garantia da ordem pública.

Cumpra salientar que o indiciado, em tese, praticou o crime com utilização de uma arma e, ainda, à luz do dia, fatos que demonstram a gravidade concreta da sua conduta.

Nesse sentido, há necessidade de resguardo da ordem pública, pois esta comunidade já se encontra extremamente desgastada com o crescente aumento da violência urbana, que merece pronta resposta estatal.

Ressalto que não obstante o indiciado ser primário, os Tribunais pátrios vêm reiteradamente decidindo que, se presentes quaisquer dos fundamentos da prisão preventiva, afasta-se a possibilidade da concessão de liberdade provisória ao agente, mesmo que este venha apresentar bons requisitos de ordem subjetiva. Vejamos.

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE PESSOAS. CORRUPÇÃO DE MENORES. CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. GRAVIDADE

CONCRETA DOS FATOS. PERICULOSIDADE DO AGENTE. NECESSIDADE DE SUA MANUTENÇÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

1. Mantém-se a prisão preventiva, como garantia da ordem pública, do autor, em tese, do delito de roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas, porquanto demonstrada nos autos a gravidade concreta do crime e a sua periculosidade para o convívio social.

2. Primariedade, bons antecedentes e residência fixa não são suficientes para viabilizar a concessão da liberdade provisória, especialmente quando estão presentes os pressupostos para a decretação da prisão preventiva previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

3. Ordem denegada. (Acórdão n.716263, 20130020210868HBC, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, 3ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 26/09/2013, Publicado no DJE: 01/10/2013. Pág.: 200)

Acréscete-se que ao crime de roubo é cominada pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos. Assim, o art. 313, I, do CPP autoriza a decretação da prisão preventiva.

Posto isso, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE DE JOSIMAR DA SILVA, qualificado nos autos, EM PRISÃO PREVENTIVA, nos termos dos artigos 310, inciso II, 312 e 313, inciso I, todos do Código de Processo Penal.

EXPEÇA-SE O RESPECTIVO MANDADO DE CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA.

Cumpridas as formalidades, aguardem-se os autos principais, trasladando-se as peças necessárias.

P.R.I.

Paranoá-DF, 20 de agosto de 2014.

JÚLIO CÉSAR LÉRIAS RIBEIRO
Juiz de Direito

Circunscrição : 1 – BRASILIA

Processo : 2014.01.1.113722-3

Vara : 604 - QUARTA VARA DE ENTORPECENTES DO DISTRITO FEDERAL

DECISÃO

Cuida-se de análise do auto de prisão em flagrante, inquérito policial nº 246/2014, da 9ª Delegacia de Polícia, lavrado em desfavor de ANTONIO ALMEIDA DA CRUZ, filho de Manoel Ferreira da Cruz e Hilda Almeida da Cruz, preso pela prática, em tese, dos delitos tipificados no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006.

É o breve relato. DECIDO.

Nos termos do art. 310, do CPP, ao magistrado incumbe, ao receber o auto de prisão, averiguar a legalidade do procedimento policial (inciso I). Se hígido, deve conceder a liberdade provisória, com ou sem as medidas cautelares do art. 319, do Diploma Processual, incluída a fiança, (inciso III), ou converter a custódia provisória em preventiva desde que insuficientes ou inadequadas aquelas medidas e se presentes todos os requisitos do encarceramento (inciso II).

Nesse sentido, observo que a prisão em flagrante efetuada pela autoridade policial não ostenta, em princípio, qualquer ilegalidade, encontrando-se formal e materialmente em ordem, pois atendidas todas as determinações constitucionais e processuais (art. 5º, CF e arts. 301 a 306, do CPP), razão pela qual deixo de relaxá-la.

No caso em análise, entendo que emergem fundamentos concretos para a manutenção da prisão cautelar do indiciado. Conquanto o princípio da não-culpabilidade (art. 5º, LVII, CF) consagre no ordenamento jurídico brasileiro a regra do status libertatis, tornando a custódia provisória do indivíduo uma excepcionalidade, tal princípio, não impede o encarceramento provisório do investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal condenatória, se preenchidas as determinações legais já apontadas.

A propósito, a figura delitiva em comento, foi, por ordem do legislador constitucional, equiparado à condição de crime hediondo, sugerindo, com isso, que teria exigido maior rigor por parte do Estado na reprimenda dessa espécie de infração, retirando daqueles que nela incorressem diversos benefícios penais.

Na hipótese em tela, quanto às condições de admissibilidade da custódia cautelar, nota-se que o crime em tese imputado ao agente, tráfico de drogas, comina abstratamente pena privativa de liberdade entre 5 (cinco) e 15 (quinze) anos de reclusão, medida muito superior à exigência do inciso I, do art. 313, do Código de Processo Penal.

Ainda, a ficha penal do agente demonstra ser ele reincidente, pois aponta condenação criminal transitada em julgado recentemente, fazendo-o incurso também na norma do inciso II, do dispositivo processual acima.

Ademais, no tocante aos pressupostos do encarceramento, a regular situação de flagrância em que foi surpreendido o autuado torna certa a materialidade delitiva, indiciando suficientemente também sua autoria. Foram ainda concordes as pessoas inquiridas pela autoridade policial em apontar o agente como o "autor" do delito. Registre-se que este auto traz laudo técnico, no qual perito oficial do IML afirma que o produto apreendido em poder do suspeito trata-se, na verdade, de substância entorpecente, capaz de causar dependência física ou psíquica.

Ainda que a quantidade de droga apreendida com o suspeito não seja suficiente para caracterizar o crime de tráfico, o certo é que isso não é o único elemento apto a diferenciar o crime de tráfico com o crime de uso. O depoimento da garota de programa indica que o indiciado é traficante, transportando drogas até o motel localizado no Colorado.

Assim, resta evidente o crime de tráfico, previsto no art. 33 da lei em comento.

Igualmente, os pressupostos da prisão provisória encontram amparo na necessidade de se acautelar a ordem pública. O caso concreto denota fatos extremamente graves, em tese, cometidos por indivíduo, aparentemente, comprometido com propagação de condutas delituosas, cujos indícios ressaem dos depoimentos de usuários apreendidos no local dos fatos e logo após a aquisição de drogas, os quais destacam a habitualidade do acusado no tráfico de drogas no local (reiteração criminosa).

Esses fatos aliados à forma de acondicionamento em que as drogas foram apreendidas sinalizam a pretensão de difusão ilícita, com o risco social de multiplicação de delitos dessa espécie.

É sabido o efeito devastador das drogas no convívio social diário, o que por si só recomendaria o enclausuramento provisório do suspeito. Segundo relatos de médicos e outros profissionais ligados ao combate ao uso de entorpecentes, basta, para determinadas drogas, o primeiro contato com elas para se tornar um dependente químico. Não fosse esse fato suficiente, a diversidade de substâncias apreendidas, possibilitando uma infundável multiplicação de condutas lesivas, demonstra a gravidade concreta do delito, a merecer a medida cautelar extrema.

Registre-se, ainda, que o suspeito ostenta uma folha penal extensa, de cujo espelho pode-se averiguar a prática de diversas infrações de igual conotação, indicando que ele reitera em práticas delitivas quando está em liberdade. Na verdade, a recalcitrância regular e aparentemente predeterminada indicia que ele fez da delinquência sua atividade laboral, colocando em evidente risco a segurança pública.

Tenho assim que a probabilidade de reiteração criminosa, a gravidade concreta do crime e do agente justificam a necessidade da manutenção do encarceramento cautelar noticiado, como garantia da ordem pública.

A correta instrução criminal, de igual modo, deve ser assegurada com a custódia cautelar do suspeito. In casu, a sua soltura incutirá medo e insegurança na vítima e nas testemunhas por se verem constrangidas a partilhar o mesmo ambiente social com o suspeito. Esse fato, por si só, trará irreparáveis prejuízos para instrução processual e posterior aplicação da pena, uma vez que a narração fidedigna dos acontecimentos não será garantida, pois a verdade das informações sempre cederá em benefício da integridade física de um depoente amedrontado.

Ante todas as circunstâncias fáticas, acima delineadas, as medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, do CPP) não se mostram, por ora, suficientes e adequadas para acautelar os bens jurídicos previstos no inciso I, do art. 282, do Código Processual, sendo de todo recomendável a manutenção da segregação como único instrumento que atende às peculiaridades do caso concreto.

Ante o exposto, presentes todos os requisitos ensejadores da custódia cautelar, converto em preventiva a prisão em flagrante de ANTONIO ALMEIDA DA CRUZ, com fundamento nos arts. 282, § 6º, 310, inciso III, 312 e 313, todos do CPP.

CONFIRO À PRESENTE DECISÃO FORÇA DE MANDADO DE PRISÃO e de intimação.

Intime-se o indiciado. Após, dê-se vista ao Ministério Público acerca da presente decisão. Comunique-se também a Defensoria Pública, se o caso.

Por fim, remetam-se os autos à vara de origem.

Brasília-DF, sábado, 26 de julho de 2014 - 18:37.

MATHEUS STAMILLO SANTARELLI ZULIANI
Juiz de Direito Substituto Plantonista.

Circunscrição : 1 – BRASILIA

Processo : 2014.01.1.113722-3

Vara : 604 - QUARTA VARA DE ENTORPECENTES DO DISTRITO FEDERAL

Processo : 2014.01.1.113722-3

Classe : Inquérito Policial

Assunto : Tráfico de Drogas e Condutas Afins

: NAO HÁ

: ANTONIO ALMEIDA DA CRUZ

Inquérito Policial : 2462014

Delegacia : 9DPDF

Decisão Interlocutória

Da análise dos autos, verifica-se que a presente Comunicação de Prisão em Flagrante já foi analisada, por Juiz Plantonista, à luz das modificações introduzidas pela Lei nº 12.403/2011, reputando-se, quanto à possibilidade de aplicação das medidas cautelares elencadas no art. 319 do CPP, inadequadas ou incabíveis (incisos VI a VIII) e insuficientes ou inócuas (incisos I a V, e IX) para a garantia da ordem pública.

Por conseguinte, presentes os pressupostos e os fundamentos, bem como as condições de admissibilidade da prisão cautelar (art. 312 e 313, I e II, do CPP), a prisão do(s) autuado(s) foi CONVERTIDA em preventiva, nos termos do art. 310, II, do CPP.

Diante disso, mantenho a decisão acima referida, por seus próprios fundamentos.

Outrossim, certifico a regularidade formal do laudo de constatação e determino a destruição das drogas apreendidas, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo, consoante o determinado na Lei n. 12.961/14. Oficie-se.

Aguarde-se o Inquérito Policial.

Brasília - DF, segunda-feira, 28/07/2014 às 18h44.

Aimar Neres de Matos
Juiz de Direito

Circunscrição : 9 – SAMAMBAIA
Processo : 2014.09.1.016665-9
Vara : 301 - PRIMEIRA VARA CRIMINAL DE SAMAMBAIA

Processo : 2014.09.1.016665-9
Assunto : Roubo Majorado
Autuado : CARLOS HENRIQUE SANTOS DE MACEDO
Inquérito Policial : 5402014
Delegacia : 26DPDF

DECISÃO

Recebida a comunicação da prisão em flagrante de CARLOS HENRIQUE SANTOS DE MACEDO, como incurso no art. 157, §2º, inc. II, do Código Penal, por roubo a transeunte, praticado com uso de simulacro de arma de fogo e circunstanciado pelo concurso de três agentes.

Diante da regularidade do estado de flagrância delitiva e da prova da materialidade e dos indícios de autoria que recaem sobre o autuado, homologo o Auto de Prisão em Flagrante. Nos termos da Lei nº 12.403/2011, tenho por necessária a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva e insuficiente, portanto incabível, a substituição da prisão por outras medidas cautelares.

A grave ameaça praticada em concurso de agentes e com simulacro de arma de fogo torna necessária a prisão como garantia da ordem pública.

Ademais, a necessidade do reconhecimento do autuado em juízo, pela vítima, autoriza a manutenção da prisão para minimamente assegurar a instrução processual.

Por derradeiro, se eventualmente condenado, a pena mínima abstratamente cominada ao delito pode ensejar a fixação do regime inicial de cumprimento de pena semi-aberto, justificando a prisão para assegurar a aplicação da lei penal.

Forte nessas razões, CONVERTO a prisão em flagrante em PRISÃO PREVENTIVA, com fulcro nos artigos 282 e 310 a 315 do Código de Processo Penal.

Expeça-se mandado de prisão preventiva.

Intimem-se.

Samambaia - DF, 25 de julho de 2014.

Romero Brasil de Andrade
Juiz de Direito

Circunscrição :1 – BRASILIA
Processo :2014.01.1.132924-2
Vara : 303 - TERCEIRA VARA CRIMINAL DE BRASILIA

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Cuida-se de Comunicação de Prisão em Flagrante nº 455/2014 - 01ª DP efetuada pela Autoridade Policial em face de ADEMILSON CARDOSO DE SOUZA, nascido em 27/05/1972, filho de Humberto Clementino de Souza e de Tereza Cardoso de Souza, FELLIPH RODRIGUES CARDOSO, nascido em 30/03/1996, filho de Ademilson Cardoso e de Célia Rodrigues de Oliveira Santos, e THIAGO DA SILVA OLIVEIRA MENDES, nascido em 02/11/1990, filho de Edmilson Vieira Mendes e de Rosa Maria da Silva Oliveira, conforme relato policial, no qual lhes foi atribuído o cometimento dos delitos previstos nos arts. 155, § 4º, III e IV, art. 288, caput, ambos do Código Penal e art. 244-B da Lei 8.069/90.

Os indiciados encontram-se segregados em razão de prisão em flagrante na qual lhes é imputada a prática, em tese, da conduta prevista nos artigos acima alinhados.

A prisão em flagrante, em face das alterações promovidas pela recente Lei n.º 12.403/2011 (alterações ao Código de Processo Penal), passou a se constituir em típica prisão pré-cautelar, cabendo ao magistrado, oficiosamente, seguir um dos passos impostos pelo novel art. 310 do CPP: 1) relaxar a prisão ilegal; 2) convertê-la em preventiva; 3) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, e cumulada ou não com outras medidas cautelares.

DO FLAGRANTE

Quanto à higidez da prisão em flagrante, o art. 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988 limita as hipóteses nas quais se admite a decretação de medida restritiva à liberdade do indivíduo, entre as quais se o inclui a mencionada prisão em flagrante.

Prosseguindo, a situação fática da prisão em flagrante enquadra-se, segundo o relato policial, em uma das hipóteses do art. 302, CPP.

Ainda, a condução dos indiciados à autoridade policial foi seguida da oitiva do condutor e das testemunhas que compareceram ao ato.

O art. 306 do CPP determina a comunicação imediata desse ato ao juiz competente e à família do preso, o que também restou satisfeito, assim como se obedeceu às exigências do art. 306, § 1º, CPP, e a emissão de nota de culpa em favor dos indiciados e dentro do prazo legal (24 horas).

Portanto, a polícia judiciária observou todos os mandamentos legais e constitucionais pertinentes à espécie.

Acrescente-se que os fatos relatados, por ora, evidenciaram a materialidade delitiva (*fumus commissi delicti*), acompanhada de indícios de autoria dos fatos típicos imputados aos indiciados.

Destarte, reputo legal o flagrante, pelo que deixo de relaxá-lo.

Por conseguinte, não sendo o caso de relaxamento de prisão ilegal (art. 310, I, CPP), passo a apreciar a possibilidade de concessão de liberdade provisória, acompanhada ou não de outras medidas cautelares (art. 310, III, CPP), ou a decretação da prisão preventiva (art. 310, II, CPP).

No caso em tela, entendo necessária a conversão da prisão em flagrante em preventiva dos autuados ADEMILSON CARDOSO DE SOUZA e de FELLIPH RODRIGUES CARDOSO para garantia da ordem pública.

O autuado Ademilson Cardoso de Souza, embora tecnicamente primário, responde por fato análogo, ocorrido em 09/02/2014. Felliph Rodrigues Cardoso, filho do autuado Ademilson Cardoso de Souza, é primário. No entanto, enquanto menor, respondeu por ato infracional análogo ao crime de latrocínio e por furto.

O autuado Ademilson Cardoso de Souza foi beneficiado por sentença de indulto em 2002, o que o torna primário, mas não afasta a necessidade da custódia cautelar, em razão da sua periculosidade social. Além do mais, deveria oferecer exemplos ao filho, o autuado Felliph Rodrigues Cardoso, que já possui histórico de atos infracionais. No entanto, confirma a desproteção, reinserindo-o no mundo de condutas ilícitas.

A prática de atos infracionais pode ser utilizada como motivação para a manutenção da custódia cautelar, conforme ementas a seguir transcritas:

HABEAS CORPUS. ART. 14 DA LEI 10.826/2003. ART. 147 DO CÓDIGO PENAL E ART. 244-B DA LEI 8.069/90. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA - PASSAGENS PELA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE - PRESUNÇÃO DE PERICULOSIDADE DO AGENTE - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ORDEM DENEGADA.

As passagens pela Vara da Infância e da Juventude, ainda que não possam ser tomadas como maus antecedentes, desvirtuam a conduta do acusado, que, não obstante o cumprimento das medidas socioeducativas aplicadas, persiste no mundo do crime, e coloca em risco a ordem pública.

(Acórdão n.639066, 20120020259390HBC, Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 23/11/2012, Publicado no DJE: 05/12/2012. Pág.: 338)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. TÍTULO QUE NÃO AGREGA NOVOS ARGUMENTOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRISÃO CONCRETAMENTE FUNDAMENTADA. MODUS OPERANDI, PERICULOSIDADE DO AGENTE E RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INVIABILIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não obstante a superveniência de novo título a embasar a custódia, o Magistrado limitou-se a reafirmar os fundamentos do decisor que originalmente decretou a prisão preventiva, o que afasta eventual supressão de instância e viabiliza o exame do *meritum causae*.

2. O decreto de prisão preventiva encontra respaldo na necessidade de se preservar a ordem pública, em razão da gravidade em concreto do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, por sua periculosidade e pelo risco de reiteração delitiva, pois o Recorrente "possui inúmeras passagens pela Vara da Infância e da Juventude pela prática dos atos infracionais análogos aos crimes de furto, por quatro vezes, desacato, ameaça, pichação e tráfico de drogas".

3. "A prática de atos infracionais pelo acusado, apesar de não ser considerada para a apuração de maus antecedentes e de reincidência, serve para demonstrar a sua periculosidade e a sua propensão ao cometimento de delitos da mesma natureza, o que, por si só, justifica a manutenção da prisão preventiva, a bem da ordem pública." (HC 208.169/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 17/08/2011).

4. Tem-se por válida a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem que, com expressa menção à situação concreta, entendeu inadequadas e insuficientes quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas na nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011.

5. As condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.

6. Recurso desprovido. (RHC 44.207/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 23/05/2014)

Cumpra observar que a prisão preventiva, espécie do gênero prisão cautelar, é medida de extrema gravidade e excepcionalidade, dado o caráter provisório da segregação que

restringe a liberdade do cidadão antes da formação do juízo final de culpabilidade, materializado numa eventual sentença penal condenatória, sendo certo que a segregação antecipada somente ganha lastro legal se calcada na real necessidade do decreto, consubstanciada, por óbvio, nos pressupostos delineados no art. 312 do Código de Processo Penal, como atesta a presente hipótese.

Nos termos do referido artigo, para a decretação da prisão preventiva, faz-se necessária a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum in libertatis*, sendo que o primeiro emerge-se da prova do crime e dos indícios suficientes da autoria, enquanto que o segundo caracteriza-se pela presença de quaisquer dos fundamentos insculpidos no citado art. 312 do CPC, a saber: a) para garantia da ordem pública; b) para garantia da ordem econômica; c) por conveniência da instrução criminal; d) para assegurar a aplicação da lei penal.

A materialidade delitiva está devidamente evidenciada, sobretudo considerando o auto de apresentação e apreensão de nº 901/2014.

A gravidade da conduta imputada aos autuados Ademilson e Felliph autoriza a custódia antecipada, motivada pela garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para se assegurar a aplicação da lei penal.

Pela reiteração de condutas criminosas, evidencia-se que são inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Desta forma, estando o flagrante em ordem e não sendo hipótese de concessão de liberdade provisória ou de qualquer outra medida cautelar diversa da prisão, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA de ADEMILSON CARDOSO DE SOUZA E DE FELLIPH RODRIGUES CARDOSO, nos termos do art. 310, inc. II do CPP, devendo o autuado permanecer no cárcere em que se encontra até o término da instrução criminal ou ao menos até que seja modificada a situação fática que ora se encontra.

No tocante ao autuado THIAGO DA SILVA OLIVEIRA MENDES, não é o caso de se decretar a prisão preventiva, pois é primário, não há qualquer registro de prática de conduta criminosa, possui endereço fixo, vínculo empregatício e não há dúvidas quanto à sua identificação civil, razão pela qual concedo a LIBERDADE PROVISÓRIA, desde que haja o pagamento de fiança, a qual fixo em R\$1.000,00 (um mil reais).

Por tudo isso, confiro a esta decisão força mandado de prisão quanto aos autuados ADEMILSON CARDOSO DE SOUZA e FELLIPH RODRIGUES CARDOSO e força de alvará de soltura para THIAGO DA SILVA OLIVEIRA MENDES, desde que este recolha o valor da fiança arbitrada.

Dê ciência ao Ministério Público e a Defensoria Pública.

No juízo natural, providenciem-se o cadastramento da presente custódia cautelar no sistema informatizado do E.TJDFT, nos termos em que exigido pela Corregedoria de Justiça do DF (Portaria GC nº 33, de 21 de maio de 2009) e pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 66, de 27 de janeiro de 2009/CNJ, alterada pela Resolução nº 87, de 15 de setembro de 2009).

Na liberdade provisória de Thiago, firme-se o termo de compromisso constando as advertências dos artigos 327 e 328, do CPP.

Cumpra-se. Intimem-se.

Brasília - DF, domingo, 31/08/2014 às 22h32.

Circunscrição : 7 – TAGUATINGA

Processo : 2012.07.1.021561-8

Vara : 301 - PRIMEIRA VARA CRIMINAL DE TAGUATINGA

AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE Nº 433/2012 - 21ª DP

Nº 21561-8/12

D E C I S Ã O

A autoridade policial da 21ª Delegacia de Polícia comunicou a prisão em flagrante de EDMILSON DE LEMOS LACERDA, LEANDRO ALVES DE BARROS e CLÁUDIA MARIA TEIXEIRA DE ALBUQUERQUE, por infração, em tese, ao disposto no art. 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal.

Analisando a cópia integral do auto de prisão em flagrante nº 433/12 - 21ª DP, verifico que foram observadas todas as formalidades legais e constitucionais, não sendo a hipótese de relaxamento de prisão.

Às infrações penais imputadas aos autuados é cominada pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, além de se tratarem de crime hediondo. Nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, com a redação introduzida pela Lei nº 12.403/2011, a prisão preventiva constitui medida excepcional e somente deverá ser decretada se não for cabível a substituição por outra medida cautelar.

No caso em apreço, verifico que a autuada CLÁUDIA é primária, mas EDMILSON e LEANDRO são reincidentes possuindo condenações já transitadas em julgado, o que demonstra sua alta periculosidade.

O delito foi cometido mediante violência que resultou na morte da vítima, exercida com emprego de arma de fogo e em concurso de pessoas. Ademais, as circunstâncias concretas do caso merecem destaque, haja vista que os autuados atuaram de forma premeditada, atirando à queima roupa na cabeça da vítima e, posteriormente empreendendo em fuga, o que demonstra altíssima periculosidade, audácia e destemor por parte dos autuados.

Assim, diante da periculosidade que os agentes demonstraram na empreitada criminosa de natureza grave, mostram-se inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 310, inciso II), sendo a infração penal insuscetível de fiança, por tratar-se de crime hediondo.

Além disso, do auto de prisão em flagrante vislumbra-se um dos requisitos para a decretação de sua prisão preventiva, estabelecidos no art. 312 do Código de Processo Penal, qual seja, a garantia da ordem pública ("periculum libertatis").

A comunicação de prisão em flagrante demonstra indícios de autoria e materialidade delituosas, estando presente também o "fumus commissi delicti".

Ressalta-se que os crimes contra o patrimônio assolam a cidade de Taguatinga. A conduta imputada ao autuado consiste em uma daquelas que vem apavorando a sociedade e impondo que os cidadãos se vejam, cada vez mais, segregados em suas casas, sob o temor de se tornarem vítimas, sendo que a manutenção da custódia do autuado evitará que o mesmo volte a cometer novas infrações. Neste sentido:

"Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida." (JTACRESP 42/58).

Entendo, assim, que se faz necessária a manutenção da constrição cautelar como medida para garantia da ordem pública, sendo o fundamento acima exposto suficiente para comprovar que a substituição por qualquer das medidas cautelares diversas da prisão é inadequada ou insuficiente no caso concreto.

Diante do exposto, considerando a presença de requisitos da custódia cautelar, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva de EDMILSON DE LEMOS LACERDA, LEANDRO ALVES DE BARROS e CLAUDIA MARIA TEIXEIRA DE ALBUQUERQUE, com fulcro no artigo 310, inciso II, do CPP.

Expeça-se o respectivo mandado de prisão, com prazo de validade até 13/07/2032.

Junte-se cópia desta decisão nos autos principais, assim que retornar da Delegacia de Polícia, arquivando-se a presente comunicação de prisão em flagrante, após diligências que se fizerem necessárias.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Taguatinga, 13 de julho de 2012.

LUCIANA CORRÊA TÔRRES DE OLIVEIRA
Juíza de Direito